DIE RICHTERLICHE KONTROLLE DES INHALTS DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON PUBLIKUMSPERSONENGESELLSCHAFTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt
von
Jürgen Schmid
aus Stuttgart

1979

1978

79 255

Die richterliche Kontrolle des Inhalts der Gesellschaftsverträge von Publikumspersonengesellschaften

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt
von
Jürgen Schmid
aus Stuttgart

1979

Dekan: Prof. Dr. Martin Heckel
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt
2. Berichterstatter: Universitätsdozent Dr. Ulrich Bälz
Tag der mündlichen Prüfung: 26.6.1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Druck:
Behr-Fotodruck
Reinsburgstraße 84, 7000 Stuttgart 1

Inhalt

			Seite
Literaturverzeichnis			
Einleitung:	1.	Anlaß und Ziel der Untersuchung	1
	2.	Gesellschaftsrecht und Anlegerschutz Grundsätzliche Überlegungen	7
	3.	Der Beitrag des Gesellschaftsrechts zum Anlegerschutz	13
1. Teil:		Die Publikumspersonengesellschaften in der Rechtswirklichkeit	
	1.	Begriffliche Klärung	20
	2.	Sachliche Klärung	23
	3.	Gestaltungsformen und Anwendungsbereich	24
	4.	Ursachen und Entwicklung	26
	5.	Wirtschaftliche Bedeutung	30
2. Teil:		Die Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften Rechtsordnung und Vertragswirklichkeit	
	I.	Zustandekommen, Ausgestaltung und Präsentation der Verträge	34
	II.	Regelungsbedürftige Interessen	40

Seite

III. Behandlung von Rechten und Pflichten der Anlagegesellschafter in wichtigen Problembereichen

1. Auskunfts- und Kontrollrechte gegenüber der Geschäftsführung 47

a) Auskunftsrechte 47

b) Kontrollrechte 49

2. Haftungsansprüche gegen Geschäftsführung und Beirat 51

3. Gesellschafterversammlungen und Stimmrechte der Gesellschafter

a) Gesellschafterversammlung 54

b) Stimmrechte 56

4. Nachschußpflichten, Kapitalerhöhungen und Aufnahme neuer Gesellschafter 57

5. Beirat und Treuhänder 60

a) Beirat 60

b) Treuhänder 62

6. Kündigungsrecht 64

7. Ansprüche eines ausgeschiedenen Gesellschafters 66

8. Sonstiges 68

9. Zusammenfassung 69

Seite

3. Teil: Die Inhaltskontrolle als Instrument der Verbesserung der Rechtsstellung des Anlagegesellschafters

I. Der Gesellschaftsvertrag als Ausgangspunkt 71

II. Andere Korrekturmöglichkeiten

1. Auslegung, insbesondere ergänzende Vertragsauslegung 73

2. Analogie 75

3. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) 77

4. Anfechtung, insbesondere wegen arglistiger Täuschung 78

5. Unwirksamkeit von Regelungen, die den unabdingbaren Kernbereich der Gesellschafterrechte antasten 80

III. Die Inhaltskontrolle von AGB und Gesellschaftsverträgen 83

1. Die Inhaltskontrolle von AGB: Wesen und Entwicklung 83

2. Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle 89

a) Formularverträge 90

b) Notarielle Verträge 91

c) Vereinssatzungen 91

d) Arbeitsverträge 93

Seite

3. Die Bedeutung und Reichweite des am 1.4.1977 in Kraft getretenen AGB-Gesetzes für Gesellschaftsverträge 95

4. Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen 100

IV. Parallelen und Unterschiede

Besondere Voraussetzungen für eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

1. Vergleichbarkeit mit AGB 104

2. Überlegenheit des Verwenders 107

Schutzbedürftigkeit des Unterzeichners

3. Äußere Form und Präsentation des Gesellschaftsvertrages 109

4. Einwände gegen eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen 110

a) Besondere Natur des Gesellschaftsverhältnisses 110

b) Tauglichkeit und Grenzen der Inhaltskontrolle als Mittel des Anlegerschutzes 115

5. Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften 120

Seite

4. Teil: Maßstäbe für eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

I. Allgemeine Bewertungsmaßstäbe 122

1. Die Regelung des AGB-Gesetzes als Modell 122

2. Weitere gesetzliche Regelungen als Bewertungsmaßstäbe 126

a) BGB 126

aa) Vereinsrecht 126

bb) Recht der BGB-Gesellschaft 127

b) AktG, GmbHG und GenG 128

II. Überprüfung einzelner Klauseln 130

Zusammenfassung 134

Literaturverzeichnis

Aktiengesetz	Großkommentar, 3. Auflage, 1970 - 1975
Andörfer	Ausschluß und Beschränkung des Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, 1967
Auer	Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, 1964
Bärmann	Europäische Integration im Gesellschaftsrecht, 1972
Barth	Die Finanzierungs-GmbH & Co. KG bei Großinvestitionen in steuerlicher und wirtschaftlicher Sicht, GmbH-Rundschau, 1971, 77 ff
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 23. Auflage, 1978
Becker	Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NJW 1973, 1913 ff
Beuthien	Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26 ff
Beyerle	Der unbeschränkt haftende Kommanditist, 1976
ders.	Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gem. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB, DB 1973, 557 ff
Biener	Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, WPg 1978, 257 ff
Bölke	Geschäfte mit Berlin, 1973

Boesebeck	Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, 1938
ders.	Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, Soziale Praxis, 1938, 715 ff
Böttcher-Zartmann-Faut	Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Wege zu anonymer Partnerschaft an Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, 1978
Brauer	Möglichkeiten und Zulässigkeit einer Ausgestaltung der KG nach dem Vorbild einer Kapitalgesellschaft, 1941
Bremer	Grauer Kapitalmarkt und Anlegerschutz, ZGR 1973, 410 ff
Britsch	Die Rechte der Kommanditisten bei der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, Diss. Mainz, 1976
Bruckhaus	Die körperschaftsähnliche KG, 1942
Buchwald	Eine neue Variante der GmbH & Co. KG, GmbH-Rundschau, 1969, 90 ff
Coing	Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften, ZGR 1978, 659 ff
Cölle	Der Hausbesitzbrief, 1968
Dietlein	Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen? NJW 1974, 969 ff
Dietlein-Rebmann	AGB - aktuell, 1976
Dilcher	Typenzwang und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1940 ff
Duden	Grenzen der Vertragsfreiheit im Recht der Personengesellschaften, ZGR 1973, 360 ff

Eder	Die Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte und der Entwurf einer europäischen Gesellschaftsform, GmbH-Rundschau, 1967, 124 ff
Eith	Zum Schutzbedürfnis gegenüber AGB, NJW 1974, 16 ff
Emmerich	Zur Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1972, 361 ff
Engel	Die Risiken einer Beteiligung an Verlustzuweisungskommanditgesellschaften, WPg 1974, 101 ff.
Erman	Einige Fragen zur gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der Abfindung des willentlich aus einer Personenhandelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, Festschrift für Harry Westermann, 1974, 75 ff
ders.	Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der KG, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, 1965, 277 ff
Ernst	Der Auskunftsanspruch der Kommanditisten, BB 1957, 1047 ff
Ertner	Grundbesitz durch Beteiligung, Kommanditanteile, Immobilienzertifikate, Wohnungseigentum, 1971
Esser-Schmidt	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 4. Auflage, 1975
Fetsch	"Abschreibungsgesellschaften", Gesetzesüberblick und Einzelfragen, Festschrift für Knur, 1972, 65 ff
ders.	Gestaltungsprobleme der GmbH & Co., 18. Deutsche Notartag Köln, 1969, 111 ff

Fikentscher	Vertrag und Wirtschaftsmacht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1971, 43 ff
Fischer	Die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen, BB 1957, 481 ff
ders.	Gedanken über einen Minderheitsschutz bei Personenhandelsgesellschaften, Festschrift für Barz, 1974, 33 ff
ders.	Vertragsfreiheit und Sozialbindung, DRiZ 1974, 209 ff
ders.	Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, Festschrift für Kunze, 1969, 95 ff
Flechtheim	Die kapitalistisch ausgestaltete Personengesellschaft, 1934
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Auflage, 1979
Forberg	Geschlossene Anlagefonds, ZfgK 1972, 754 ff
Gersch	Die Grenzen zeitlicher Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, BB 1977, 871 ff
Giering-Hilpert	Die Kommanditgesellschaft als Finanzierungsinstrument, 1972
Gördel	Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlage-Gesellschaften zulässig? BB 1966, 100 ff
Großfeld	Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 1977
Großmann-Doerth	Zur Reform der KG, AcP 147, 1 ff

Gumpert	Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen und "Allgemeinen Arbeitsbedingungen", BB 1974, 139 ff
Handelsgesetzbuch	Großkommentar, 3. Auflage, 1967 ff
Hankel	Währungspolitik; Geldwertstabilisierung, Währungsintegration und Sparerschutz, 2. Auflage, 1973
Hanne	Die zivilrechtliche und steuerliche Stellung der Zertifikatsinhaber bei geschlossenen Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften, Diss. Berlin, 1971
Hardtlitschke	Die steuerliche und wirtschaftliche Auswirkung der sogenannten "Abschreibungs"-Kommanditgesellschaften, DStR 1969, 78 ff
Hart	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, 1974
Hauß	Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1968
Heckelmann	Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973
Heinrichs	Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 ff
Heinze	Inhaltskontrolle Allgemeiner Einkaufsbedingungen, NJW 1973, 2182 ff
Heinze/Gerhard/ Rieker	Unbeschränkt haftende Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, NJW 1972, 472 ff
Helm	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965, 212 ff
Heyse	Grenzen der Buchwertabfindung, Festschrift für Schiedermair, 1976, 271 ff

Hildebrandt	Die gesellschaftsrechtlich konstruierten Immobilienfonds, WID 1967, 22 ff
von Hippel	Besserer Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftsbedingungen, BB 1973, 993 ff
Hopt	Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975
ders.	Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes, Gutachten zum 51. DJT, 1976
ders.	Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? ZHR 140 (1976), 201 - 235, ZHR 141 (1977) 389 - 441
ders.	Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co., insbesondere bei der Publikums-Kommanditgesellschaft, ZGR 1979, 1 ff
Hueck	Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht, 1952
Immenga	Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, ZGR 1974, 385 ff
ders.	Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz, BB 1977, 957 ff
Jahrmarkt	Zur betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und gesellschaftspolitischen Problematik von "Verlustbeteiligungen" an Abschreibungsgesellschaften, Festschrift für Kuno Barth, 1971, 325 ff
Kappe	Abschreibungsgesellschaften und negativer Kapitalanteil, 1972
Kilius	Abschreibungsobjekte nach bekannten und neuen Modellen, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht, 1973/74, 251 ff

Kindermann	Zur Rechtsposition von Anleger und Anlegergesamtheit geschlossener Immobilienfonds der KG-Form, WM 1975, 782 ff
Klamroth	Erweitertes Haftungsrisiko der Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, BB 1972, 428 ff
Kliege	Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966
Klotz	Ziele der Einkommensteuerreform, BB 1974, 174 ff
Köbl	Inhaltskontrolle notarieller Massenverträge, DNotZ 1973, 389 ff
Kötz	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Gutachten zum 50. DJT 1974
Koch	Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen, ZRP 1973, 89 ff
Koch-Stübing	Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1977
Kohl/Kübler/Walz/ Wüstrich	Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang, ZHR 138 (1974), 1 ff
Kruhme	Die rechtliche Einordnung der Immobilienfondsgesellschaften und das Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung, 1968
Kuhn	Die Rechtsprechung des BGH zur Kommanditgesellschaft, WM 1968, 1074

ders.	Die Rechtsprechung des BGH zur Kommanditgesellschaft, WM 1978, Sonderbeilage I, 18 ff
Küster	Inhalt und Grenzen des Rechts der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, 1954
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, 1975
Lenzen	Schadenersatzansprüche des betrogenen Kommanditisten einer Abschreibungsgesellschaft, BB 1973, 1195 ff
Lieb	Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978) 196 ff
ders.	Voraussetzungen und Abgrenzung von richterlicher Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung, DB 1973, 69 ff
Lindacher	Richterliche Kontrolle von AGB und Schutzbedürftigkeit des Kunden, BB 1972, 297 ff
Lipp	Bedenkliche Sonderrechtsbildung gegen Abschreibungsgesellschaften, BB 1977, 5 ff
Lohbeck	Die Vereinssatzungen, MDR 1972, 381 ff
Löwe	Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Festschrift für Karl Larenz, 1973, 373 ff
ders.	Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1973, 585 ff

ders.	Inhaltsbeschränkungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch eine Generalklausel? BB 1974, 97 ff
ders.	Richterliche Inhaltskontrolle von notariell beurkundeten Verträgen, NJW 1974, 337 ff
Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner	AGB-Gesetz 1977
Lübben	"Immobilienfonds heute", BB 1974, Beilage Nr. 23/17
Lück	Zur Harmonisierung nationaler Rechtsvorschriften bei der Zulassung als Abschlußprüfer in der EG, DB 1979, 317 ff
Lukes	§ 315 BGB und Inhaltskontrolle, NJW 1963, 1897 ff
Lutter	Die Angleichung des Gesellschaftsrechts nach dem EWG-Vertrag, Europarecht 1975, 44 ff
ders.	Zur Haftung des Emmissionsgehilfen im grauen Kapitalmarkt, Festschrift für Bärmann, 1975, 605 ff
Markwardt	Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei Personen-Handelsgesellschaften, 1973
Martens	Allgemeine Gesellschaftsvertragsbedingungen auf dem Prüfstand der Privatautonomie, JZ 1976, 511 ff
ders.	Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenz im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, 413 ff
Mattern	Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formularklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1974, 762 ff

Menk	Das Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Hamburg, 1976
Möhring	Die Kontrollrechte der Gesellschafter, Festschrift für Heinrich Rittershausen, Geld, Kapital und Kredit, 1968
ders.	Geschäftsführungs- und Überwachungsausschlüsse in Personengesellschaften, JJB, Bd. 7 (1966/67), 123 ff
Nebe	Steuerfinanzierte Vermögensbildung durch Verlustzuweisung, DStR 1972, 391 ff
Neumann	Anweisungen der Finanzverwaltungen und Rechtsprechung auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Kapitalanlagen, BB 1976, 450, 591 und 1649
Nicklisch	Der verbandsrechtliche Aufnahmezwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen, JZ 1976, 105 ff
ders.	Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1974, 941 ff
Nirk	Der "Emissionsprospekt" einer sogenannten Publikums-(Abschreibungs-) Kommanditgesellschaft als Anspruchsgrundlage für geschädigte Kapitalzeichner, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1976, 189 - 206
Nitschke	Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970
Ott	Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, 1966
Paulick	Atypische Gesellschaftsformen im Lichte des Steuerrechts, Festschrift für Nipperdey II, 843 ff
ders.	Die eingetragene Genossenschaft, 1956

Palandt	BGB, 38. Auflage, 1979
Peltzer	Anlegerschutz als Aufgabe für den Gesetzgeber, NJW 1976, 1615 ff
Pick	Die normierte atypische Kommanditgesellschaft - Bemerkungen zur Wohnbesitz-KG im Rahmen des Gesellschaftsvertrags, ZGR 1978, 698 ff
Quast	Steuerbegünstige Kapitalanlagen in betriebswirtschaftlicher, steuerlicher und zivilrechtlicher Sicht, 2. Auflage, 1975
Rädler- Raupach	Handbuch der steuerbegünstigten Kapitalanlagen, 1973
Raiser, G.	Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, 1966
Raiser, L.	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (unveränderter Neudruck, 1961)
ders.	Die inhaltliche Kontrolle von AGB, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, 123 ff
ders.	Vertragsfreiheit heute, JZ 1957, 1 ff
Rehbinder, M.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972
Reinhardt	Die Fortentwicklung des Rechts der OHG und KG in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung, ZbJV 1967, 329 ff
Reuter	Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973
Rutenfranz	Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, 238 ff
Säcker	Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972

Schlechtriem	Richterliche Kontrolle von Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen, Das Haager Einheitl. Kaufgesetz, 1973, 51 ff
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, 1973
Schlosser, Coester-Waltjen, Grabes	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgem. Geschäftsgedingungen, 1977
Schmidt, K.	Haftungsprobleme der "bürgerlichrechtlichen Kommanditgesellschaft" DB 1973, 653 ff und 703 ff
Schneider, U. H.	Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personalgesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, ZGR 1972, 357
ders.	Die Auskunfts- und Kontrollrechte des Gesellschafters in der verbundenen Personengesellschaft, BB 1975, 1353 ff
ders.	Die Haftung von Mitgliedern des Beirates einer Personengesellschaft, DB 1973, 957 ff
ders.	Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978, 1 ff
ders.	Sonderrecht für Publikumspersonengesellschaften. Überlegungen zum Anlegerschutz im Gesellschaftsrecht, ZHR 142 (1978), 228 ff
Schneider/Schneider	Die Organisation der Gesellschafterversammlung bei Personengesellschaften, Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, 1975, 271 ff
Schneider, D.	Sind Steuervergünstigungen günstig? Steuerberater-Jahrbuch 1974/75, 395 ff
Schmidt-Salzer	Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971
ders.	Das Recht der AGB, 1967

Schröder	Gesetzliche Regelung für geschlossene Anlagefonds? ZfgK 1972, 640 ff
Schulte	Besprechung der Entscheidung BGHZ 64, 238; ZGR 1976, 97 ff
ders.	Zu den Gesichtspunkten des Bundesgerichtshofs bei der Fortbildung des Gesellschaftsrechts, Festschrift für H. Westermann, 1974, 525 ff
Schwark	Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, ZGR 1976, 271 ff
ders.	Lücken im Anlegerschutz, ZRP 1973, 7 ff
Söffling	Die steuerlichen Folgen der Liquidation von Abschreibungsgesellschaften bei Kommanditisten, EStR 1973, 9 ff
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 1978
Sonnenberger	Rechtsangleichung als Aufgabe und Problem der Europäischen Gemeinschaft (dargestellt an Beispielen aus der Angleichung des Gesellschaftsrechts, Zs. für Rechtsvergleichung, 1974, 244 ff)
Steder	Zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, AG 1978, 173 ff
Steinbrink	Anlegerschutz bei geschlossenen Immobilienfonds, WPg 1973, 435 ff
Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 5. Auflage, 1978
ders.	Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., 3. Auflage, 1975
ders.	Rechte und Pflichten des Kommanditisten, 2. Auflage, 1971
Svoboda	Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlage-Gesellschaften zulässig? BB 1966, 684 ff

Teichmann	Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970
Thiele	Zur gerichtlichen Überprüfung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Festschrift für Larenz 1973, 1043 ff
Trinkner	Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Inhaltskontrolle), BB 1973, 1501 ff
Uhlenbruck	Abschreibungsgesellschaften, 1974
ders.	Die Rechtsstellung des getäuschten Kommanditisten in Konkurs und Vergleich der betrügerischen GmbH & Co., GmbH-Rundschau 1973, 107 ff
Ulmer, P.	Anlegerschutz und Gesellschaftsrecht, BB 1978, 461 ff
ders.	Rücktrittsrecht von Gesellschaftern einer Massen-KG bei unrichtigem Prospektinhalt? AG 1978, 186 ff
ders.	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Verhandlungen des 50. DJT, 1974, Bd. 2, Sitzungsberichte
Ulmer/Brandner/Hensen	AGB-Gesetz, 3. Auflage, 1978
Weber, H. J.	Inhaltsgrenzen für Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1966
Weber, K.	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Recht der AGB, WM 1968, Sonderbeilage
Wegner	Das Berliner Abschreibungswunder und seine steuerlichen Folgen, BB 1969, 1213 ff
Weist	Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, 1977, 749 ff

Weitnauer	Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975
Westermann, H. P.	Die GmbH & Co. KG im Lichte der Wirtschaftsverfassung, 1973
ders.	Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, AcP 175 (1975), 375 ff
ders.	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personalgesellschaften, ZGR 1973, 360 ff
Westermann/Scherpf/ Paulick/Bulla/Hackbeil	Handbuch der Personengesellschaften, Loseblatt, 2. Auflage, 1975 ff
Westhoff	Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 1975
Wiedemann	Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, BB 1975, 1591 ff
ders.	Verbandssouveränität und Außeneinfluß, Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft, Festschrift für Schilling, 1973, 105 ff
Wieland	Handelsrecht I, 1921
Wolf, A.	Grenzen der Dispositionsfreiheit im Recht der Personalgesellschaften, Diss. Heidelberg, 1963
Wolf, M.	Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970
Wolff, H. J.	Der Treuhandkommanditist, Diss. Köln, 1966
Wunderlich	Zur Haftung für unrichtige und unvolständige Prospekte über Vermögensanlagen, MDR 1975, 102 ff
Zöllner	Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 1976, 221 ff
Zybon	Die Publikums-Kommanditgesellschaft, BFuP, 417 ff

E i n l e i t u n g :

1) Anlaß und Ziel der Untersuchung

Verschiedene Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt der Bundesrepublik, die vor allem im Steuerrecht und in der Steuerpraxis ihren Grund haben, führten dazu, daß die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft als Form der Kapitalanlage entdeckt wurde und rasche Verbreitung gefunden hat[1]. Hatte der Gesetzgeber des HGB die Personengesellschaft als eine Rechtsform für einen kleinen Kreis durch persönliche Beziehungen verbundener Kaufleute gedacht und ausgestaltet, die durch kapitalmäßigen und persönlichen Einsatz die Gesellschaft prägen, hat die Personengesellschaft, insbesondere die Kommanditgesellschaft, durch die Ausgestaltung als "Massengesellschaft" ein ganz anderes Gesicht erhalten. Das Gesellschaftsrecht stellt hier nur die Hülle einer Rechtsform zur Verfügung, die die Funktion eines Kapitalsammelbeckens hat. Dabei treten die Personen der Gesellschafter völlig in den Hintergrund. Ihr Einsatz be-

---

1) Durch die Beteiligung an einer Personengesellschaft werden die Anleger "Mitunternehmer" i. S. von § 15 Ziff. 2 EStG. Die bei der Gesellschaft insbesondere aufgrund überhöhter Abschreibungen eintretenden Verluste können die Anleger mit ihren steuerpflichtigen Einkünften verrechnen. Interessant wurde diese Möglichkeit insbesondere durch die vom Steuerrecht eingeführten Sonderabschreibungen, die zu den erwünschten hohen Buchverlusten führten. Vgl. hierzu im einzelnen Scherpf in Westermann/Scherpf/Paulick/Bulla/Hackbeil, Handbuch der Personengesellschaften, III. Teil; Raedler-Raupach, Handbuch der steuerbegünstigten Kapitalanlagen 1973; ferner die Darstellungen unten, 1. Teil, Ziff. 4).
Speziell für den Funktionswandel der KG geben einen Überblick Giering-Hilpert, Die Kommanditgesellschaft als Finanzierungsinstrument, 1972.

steht lediglich darin, der Gesellschaft ein bestimmtes Kapital zur Verfügung zu stellen. Personengesellschaften dieser Art entsprechen also in ihrer eigentlichen Funktion viel eher einer Kapitalgesellschaft als einer Personengesellschaft. Während nun aber die Kapitalgesellschaften vom Gesetzgeber gemäß ihrer realen Funktion ausgestaltet wurden und, insbesondere hinsichtlich der Rechtsstellung der Kapitalgeber, im Laufe der Zeit durch verschiedene Reformen den jeweiligen Erfordernissen angepaßt wurden[1], ist die gesetzliche Regelung des Rechts der Personengesellschaften weiterhin an der herkömmlichen Erscheinungsform ausgerichtet. Die besonderen Probleme einer Publikumspersonengesellschaft, also einer lockeren Zusammenfassung einer prinzipiell unbegrenzten Zahl von Kapitalgebern ohne persönliche Vertrauensbeziehungen, sind von der bestehenden gesetzlichen Regelung überhaupt nicht oder unvollkommen erfaßt. So ist insbesondere bei der Kommanditgesellschaft die Situation eingetreten, daß ihre häufigsten Erscheinungsformen einerseits die "Familiengesellschaften", andererseits die "Massengesellschaften" sind, daß also dieselbe gesetzliche Regelung für zwei völlig entgegengesetzte Gesellschaftstypen gilt.

Wie wenig die bestehende gesetzliche Regelung und ihre bisherige Auslegung durch die Rechtsprechung geeignet war, die Rechtsbeziehungen in einer solchen Massengesellschaft befriedigend zu erfassen, wurde spätestens dann klar, als zahlreiche dieser Gesellschaften in (wirtschaftliche) Schwierigkeiten gerieten und zusammenbrachen. Wenn die Gesellschafter bei dieser Gelegenheit die von ihnen unterzeichneten Gesellschaftsverträge (meist erstmals bewußt und gründlich) durchsahen, mußten sie feststellen, daß die-

---

1) So vor allem durch die Aktienrechtsreform 1965 oder jetzt die Novellierung des GmbH-Gesetzes, vgl. Immenga, BB 1977, 957 ff mit Erweiterung von Individualrechten, Recht auf Sonderprüfung usw..

se in keiner Weise ihre Interessen wahrten. Diese Verträge gaben ihnen weder eine Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung noch ausreichende Kontrollbefugnisse. Ein Ausscheiden aus der Gesellschaft war nicht oder nur unter unerträglichen Verlusten möglich. Sie selbst sahen sich der Gefahr ausgesetzt, über ihre Einlage hinaus persönlich zu haften, mußten aber andererseits feststellen, daß sie auch gegenüber der verantwortungslosesten Geschäftsführung praktisch keinerlei Ersatzansprüche durchsetzen konnten. Durch einige spektakuläre Fälle wurde auch die breite Öffentlichkeit aufmerksam[1]. Die Rechtsprechung mußte sich immer häufiger mit dem Phänomen der Massengesellschaften unter den verschiedensten Gesichtspunkten auseinandersetzen. Häufig waren und sind Fälle, in denen solche Gesellschaften bei den Gesellschaftern rückständige Einlagen einklagen, letztere dann versuchen, sich durch Kündigung oder Anfechtung von ihren Verpflichtungen zu lösen. Andererseits versuchen Anlagegesellschafter, die geschädigt wurden, Schadensersatzansprüche durchzusetzen[2].

Das Anwachsen dieser Problematik führte schließlich dazu, den Gesetzgeber zum Eingreifen aufzurufen. Inzwischen liegt der Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von An-

---

1) Siehe hierzu insbesondere Kohl/Kübler/Walz/Wüstrich, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang - Plädoyer für ein Vermögensanlagegesetz -, ZHR, H. 1/2, Bd. 138, 8 ff mit zahlreichen Beispielen aus der Presse. Ferner Hopt, Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag: Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? 1976, G 34 ff.

2) Aus der inzwischen recht umfangreichen Rechtsprechung des BGH zu den Massengesellschaften insbesondere: Urt. v. 19.12.1974, BGHZ 63, 338; 27.2.1975, WM 1975, 536; 14.4.1975, BGHZ 64, 238; 17.11.1975, WM 1976, 15; 12.5.1977, BGHZ 69, 160; 4.7.1977, BGHZ 69, 207; 7.11.1977, WM 1978, 87; 7.11.1977, BB 1978, 575; 7.11.1978, BB 1978, 13; 28.11.1977, BB 1978, 169; 13.3.1978, NJW 1978, 1382; lies hierzu auch den Rechtsprechungsbericht von Kuhn, WM 1978, Sonderbeilage Nr. 1, 18 ff.

teilen an Vermögensanlagen vor[1], der weitgehend den Empfehlungen des 51. Deutschen Juristentages folgt[2]. Wenn auch sicher zu erwarten ist, daß dieses Gesetz im Falle seines Inkrafttretens, mit dem sicher zu rechnen ist, Mißstände auf dem "Grauen Kapitalmarkt" beseitigt, ist seine Reichweite von vornherein begrenzt: Das Gesetz beschränkt sich im wesentlichen auf die Einführung einer Prospektpflicht, schreibt einen bestimmten Inhalt des Prospektes vor und knüpft an falsche oder unvollständige Prospekte eine Prospekthaftung in der Weise, daß der Gesellschafter die Rücknahme seiner Beteiligung verlangen kann. Soweit es jedoch um die Interessen von Kapitalanlegern geht, die die Anlageform der Beteiligung an einer Personengesellschaft gewählt haben, richtet sich deren Rechtsstellung während des Zeitraums ihrer "Mitgliedschaft" nach wie vor in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags nimmt das geplante Vermögensanlagegesetz zumindest keinen unmittelbaren Einfluß. Die mit diesem Gesetz verfolgte "kapitalmarktrechtliche" Lösung kann also notwendige Überlegungen im Bereich des Gesellschaftsrechts nicht ersetzen[3]. Auch hierzu liegen bereits verschiedene Vorschläge vor, auf die noch einzugehen sein

---

1) Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz wurde Anfang des Jahres 1977 veröffentlicht. Der Regierungsentwurf (Bundesratsdrucksache 407/77) wurde am 2.9.1977 dem Bundesrat zugeleitet. Der Bundesrat beschloß eine Reihe von Änderungswünschen und Prüfungsempfehlungen (aaO). Der Entwurf wurde am 2.1.1978 dem Deutschen Bundestag zugeleitet, der ihn in 1. Lesung am 16.2.1978 behandelte und ihn verschiedenen Ausschüssen überwies. Vgl. zum Verlauf und Stand des Gesetzgebungsverfahrens Steder, Zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, AG, 1978, 173 ff; siehe auch Biener, WPg 1978, 257 ff und Baur, Der langfristige Kredit, 1978, 309 ff.

2) Vgl. hierzu Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Teil P, 1976.

3) So auch Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe 1977, 58.

wird[1]. Dabei wird jedoch deutlich, daß die Schaffung eines ganz neuen gesetzlichen Typs der kapitalistisch strukturierten Personengesellschaft mit dem System des deutschen Gesellschaftsrechts kaum vereinbar wäre. Eine umfassende Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften gerade im Hinblick auf die Bedürfnisse der Massengesellschaften kann kaum in Frage kommen, da hier Brüche mit der Interessenlage bei herkömmlichen Personengesellschaften entstehen würden. Vorschriften, die für den einen Typus dringend erforderlich sind, können für den anderen höchst unpassend sein und umgekehrt. Ein Eingreifen des Gesetzgebers erscheint hier also höchst problematisch und wird sicher noch einige Zeit in Anspruch nehmen[2].

Als "Radikallösung" wird neuerdings von Großfeld die Auffassung vertreten[3], daß die Publikums-GmbH & Co. KG überhaupt unzulässig sei. Mit den von Großfeld angeführten Argumenten wird sicher noch eine Auseinandersetzung erforderlich sein. Wie jedoch Großfeld selbst feststellt, werden die von ihm entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres auf solche Gesellschaften angewendet werden können, die bereits ihre Eintragung als KG erreicht haben. Dabei handelt es sich keineswegs um eine geringe Zahl[4]. Ferner ist zu berücksichtigen, was auch Großfeld nicht übersieht, daß die Gesellschaften Produkte bestimmter wirtschaftspolitischer Zielsetzungen sind, die dann auf andere nicht weniger problematische Art angestrebt werden müßten. Auch hier ist schon darauf hinzuweisen, daß es zahlreiche Gestaltungen gibt, bei denen Großfelds Überlegungen nicht greifen können, insbesondere bei der besonders häufigen Einschaltung eines Treuhandkommandi-

---

1) Vgl. unten, Einleitung 3).

2) Mit welchen Zeiträumen hier zu rechnen ist und welche Ergebnisse schließlich zu Tage treten, zeigt etwa die GmbH-Reform. Zum neuesten Stand vgl. Immenga aaO.

3) Großfeld, 50 ff.

4) Vgl. dazu die Ausführungen im 1. Teil.

tisten, wodurch zumindest formell keine "Publikums-GmbH & Co. KG" entsteht[1].

Wenn man sich also den jetzt bestehenden Problemen stellen will, bleibt zu untersuchen - und dies soll in der vorgelegten Arbeit geschehen - inwieweit unter grundsätzlicher Beibehaltung des bestehenden gesellschaftsrechtlichen Systems und der besonderen Struktur der Personengesellschaft punktuell bestimmten Mißständen begegnet werden kann und insbesondere die Interessen der Gesellschafter bereits de lege lata besser berücksichtigt werden können. Es soll überlegt werden, welche rechtlichen Instrumente hierfür zur Verfügung stehen, ob und wie sie sich mit der Dogmatik des Rechts der Personengesellschaften vereinbaren lassen und wie sie sich in der Praxis zur Problemlösung eignen. Dabei soll ein besonderer Schwerpunkt bei der sogenannten Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen liegen, die durch eine Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes[2] besondere Aktualität gewonnen hat. Diese bleibt durch das am 1.4.1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unberührt[3]. Nach § 23 dieses Gesetzes gehören Gesellschaftsverträge nicht zum sachlichen Anwendungsbereich. Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen bleibt also weiterhin eine dem Richter vorbehaltene Aufgabe.

Da sich die zu untersuchenden Rechtsfragen unmittelbar auf die sie determinierenden tatsächlichen Erscheinungsformen in der Wirtschaftspraxis beziehen, soll zunächst

---

1) Zu den einzelnen Formen unten, 1. Teil.

2) BGHZ 64, 238 ff.

3) Nicht außer Betracht lassen sollte man hier auch eine mögliche Störung der Bemühungen um ein einheitliches Gesellschaftsrecht in der EG. Ausdruck dieser Bemühungen sind die acht gesellschaftsrechtlichen Richtlinien. Überblick bei Lück, 317.

die tatsächliche Dimension des Problembereichs dargestellt werden. Nach einem Überblick über Vorkommen und Bedeutung der Gesellschaften, die Gegenstand dieser Arbeit sein sollen, wird näher auf Zustandekommen und Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge einzugehen sein, da nur dadurch die volle Tragweite möglicher rechtlicher Lösungen erfaßt werden kann. Anhand dieses Tatsachenmaterials können dann die Rechtsprobleme einer Anwendung der Inhaltskontrolle auf Gesellschaftsverträge analysiert werden. Insbesondere ist auf die Voraussetzungen und die Kriterien einer solchen Inhaltskontrolle einzugehen.

2) Gesellschaftsrecht und Anlegerschutz

Grundsätzliche Überlegungen

Da sich die vorliegende Untersuchung mit einer Verbesserung der Rechtsstellung der Gesellschafter von Massengesellschaften befassen soll, ist es unerläßlich, sich vorweg mit den Einwänden auseinanderzusetzen, die sich gegen eine solche Absicht überhaupt richten. Diese haben zumeist das Bild einer dubiosen Abschreibungsgesellschaft vor Augen. Wenn sich ein gut verdienender Bundesbürger mit einer solchen einlasse, um womöglich Steuern zu hinterziehen, bestehe für die Rechtsordnung kein Anlaß zum Eingreifen[1]. Es kann hier

---

1) Diese Haltung kommt etwa deutlich zum Ausdruck in einem Urteil des OLG Frankfurt (= MDR 1977, 405). Dort wurde entschieden, daß die Geldgeber, die sich über einen Treuhandkommanditisten an einer KG beteiligt haben, keine Ansprüche gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen ihren Treuhänder geltend machen können. Die Richtigkeit der Entscheidung im konkreten Fall dahingestellt, überrascht die offene Begründung: Die Konstruktion der bekl. KG und die Art der Beteiligung des Treuhänders und das umfangreiche und nur schwer zu verstehende Vertragswerk seien gewählt worden, um steuerliche Vorteile zu erzielen. Die Geldgeber hätten sich darauf eingelassen. Sie müßten sich dann auch die vertraglichen Verschachtelungen und Konstruktionen entgegenhalten lassen, wenn sie Rechte aus ihrer Beteiligung geltend machen wollten.

nicht das Problem des Anlegerschutzes allgemein diskutiert werden. Der Anlegerschutz hat sich inzwischen zu einer selbständigen Kategorie entwickelt, über die ausführliche Arbeiten vorliegen[1]. Wie insbesondere Hopt nachgewiesen hat[2], ist bereits im Bereich der Wertpapieranlagen durch die vorliegenden, durch Auslegung und analog ergänzungsfähigen gesetzlichen Regelungen im Aktien-, Börsen- und Investmentrecht[3] ein funktionierender Anlegerschutz institutionalisiert. Die Berechtigung des Anlegerschutzes läßt sich also bereits aus dem verwirklichten Anlegerschutzprinzip ableiten. Die Diskussion eines Anlegerschutzes bei Massengesellschaften kan sich also darauf beschränken, ob es gerechtfertigt und erforderlich ist, in diesem Bereich bestehende Schutzlücken zu schließen.

Wer nun die Auffassung vertritt, für das Schließen von Schutzlücken bei Massengesellschaften bestehe kein Bedürfnis, muß sich schon von vornherein entgegenhalten lassen, daß diese Abstinenz zwangsläufig Rückwirkung auf die Effizienz der bestehenden Anlegerschutzregelungen hätte. Das Anlegerschutzprinzip kann sich nur dann durchsetzen, wenn es umfassend verwirklicht ist. Denn einer der Gründe für die Entwicklung und Ausdehnung des "Grauen Kapitalmarkts" ist das Fehlen einer die Anbieter solcher Anlagen bindenden und die Anleger schützenden Normierung. Kapital, das früher in Wertpapieranlagen geflossen ist oder wäre, wird nunmehr in Anlageformen gelenkt, in denen das Anlegerschutzprinzip noch nicht verwirklicht ist. Somit läuft dieses insoweit leer, als Kapital, zu dessen Schutz es gedacht war, dem Schutzbereich entzogen wird.

---

1) Insbesondere Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975.

2) Vgl. FN 1).

3) Über im weitesten Sinn anlegerschützende Gesetze siehe Hankel, Währungspolitik; Geldwertstabilisierung, Währungsintegration und Sparerschutz, 2. Aufl., 1973, 264 - 273 (Anh. Kap. 15).

Das bedeutet natürlich nicht, daß man nicht hinsichtlich der Art und der Intensität bei den verschiedenen Anlageformen differenzieren müßte. Tendenziell ist zu berücksichtigen, daß die hohen Renditeerwartungen bei einer Beteiligung an einer Massengesellschaft im Verhältnis zu einer konventionellen Anlage zwangsläufig zu einem höheren Risiko und geringeren Schutzmöglichkeiten führen muß. Nicht gerechtfertigt wäre es jedoch, solchen Anlageformen von vornherein bewußt Rechtsschutz zu verweigern.

Wie also Schwark[1)] richtig festgestellt hat, lautet hier die Frage so, was getan werden kann und muß, um dem Interesse des Anlegers an Sicherheit und Ertrag oder Anlage zu genügen, damit er der Gesellschaft die nötigen Kapitaleinlagen zur Verfügung stellt. Dabei kann es grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob die Anlage in der Rechtsform einer Aktie oder des Anteils an einer Personengesellschaft erfolgt. Auch bei der auf Anlegerschutz zielenden Reform des Aktienrechts hat man nicht danach differenziert, ob Aktiengesellschaften im Einzelfall nützliche oder sinnvolle Produkte herstellen. Zigarettenkonsum mag letztlich eher schädlich als nützlich sein, trotzdem gilt das AktG ebenso für ein Unternehmen, das Zigaretten herstellt, wie für ein Unternehmen, das sich mit der Herstellung medizinischer Geräte befaßt. Nichts anderes kann gelten, wenn die Rechtsform einer Gesellschaft aus bestimmten (letztlich wirtschaftlichen) Gründen die einer Kommanditgesellschaft statt einer Aktiengesellschaft ist. Auch hier muß man davon abstrahieren, womit sich solche Gesellschaften konkret befassen, ob sie Pornofilme produzieren oder sich im sozialen Wohnungsbau betätigen. Es kann nicht Sache des Gesellschaftsrechts sein, durch Gewährung oder Nichtgewährung von Rechtsschutz Wirtschaftslenkung zu betreiben. Zur Verhinderung von Mißbräuchen kann hier mit ganz

---

1) Schwark, Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, ZGR 1976, 271 ff.

anderen staatlichen Instrumenten gearbeitet werden, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Praxis der Steuerbehörden[1].

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Rechtsformen, die von solchen Massengesellschaften benutzt werden, durch die Rechtsprechung in ihrer rechtlichen Konstruktion gebilligt sind, sie also auch benutzt werden können. Wenn aber eine bestimmte Rechtsform (hier eben die der Publikumspersonengesellschaft) von der Rechtsordnung zugelassen wird, muß diese auch dafür sorgen, daß ihre konkrete Ausgestaltung sich auch an dem sonst anerkannten Rechtsstandard (hier: der durch das Anlegerschutzprinzip gesetzte) orientiert. Mag der Anlegerschutz als Personenschutz im Hinblick auf die soziale Lage der Mehrzahl der Anleger bestritten sein können[2], darf der Aspekt des Funktionsschutzes nicht vergessen werden[3]. Nur dann, wenn der einzelne Anlageinteressent seinem Bedürfnis nach Sicher-

---

1) Vgl. unten, S. 28, FN 1.

2) Allgemein läßt sich hier darauf hinweisen, daß aufgrund der ständig sich verschärfenden Steuerprogression eine Anlage in steuerbegünstigten Projekten für immer breitere Kreise in Betracht kommt und in diesen Kreisen der Wille, sich der Progression zu entziehen, immer stärker wird. Diesem Bedürfnis kommt der Markt mit kleiner werdenden Stückelungen entgegen.
Ferner ist zu berücksichtigen, daß solche Anlagen von fast allen Anlegern immer auch unter dem Gesichtspunkt der Alters- und auch der Familienvorsorge erfolgt, was insbesondere bei Selbständigen ein sicher schützendswertes Motiv ist. Als Mittel der Vermögensbildung eignen sich solche Anlagen immer mehr auch für weniger gut verdienende Einkommensbezieher.
Im übrigen sind in jüngster Zeit immer häufiger Fälle bekanntgeworden, in denen ehemals begüterte Selbständige durch die nach dem Zusammenbruch der Gesellschaft, an der sie beteiligt waren, anfallenden Steuernachzahlungen, wirtschaftlich völlig ruiniert wurden.

   Im einzelnen zur Schutzbedürftigkeit der Anleger, Hopt, Gutachten, 45 ff.

3) Auch dazu im einzelnen Hopt, Kapitalanlegerschutz, insbesondere 49, 51 ff, 336 ff.

heit und Rendite in genügender Weise Rechnung getragen sieht, wird er sich für eine entsprechende Anlage entscheiden.

Eine Vernachlässigung des Anlegerschutzes auf diesem Gebiet schlägt auch insoweit auf die Allgemeinheit zurück, als es sich gerade bei den in Abschreibungsgesellschaften angelegten Mitteln überwiegend um Steuergelder in anderer Form handelt. Wie selbstverständlich bei unmittelbar mit Steuergeldern finanzierten Subventionen die Verwendung der Mittel auch rechtlich abzusichern versucht wird[1], ist dies auch schon aus fiskalischen Gründen bei dieser mittelbaren Form der Subventionierung erforderlich. Denn die Gewährung von Abschreibungen ist funktionell einer unmittelbaren Subvention gleichwertig und welche Form der Subvention gewählt wird, hängt von der Eignung des jeweiligen Instruments für das verfolgte Ziel ab[2].

---

1) Siehe hierzu das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Art. 2 Subventionsgesetz v. 29.7. 1976, BGBl I 2037.

2) Zu den Gesichtspunkten, die allgemein für oder gegen Abschreibungsvergünstigungen gerade im Verhältnis zur direkten Subvention oder Investitionsprämien sprechen, lies Klotz, Ziele der Einkommensteuer-Reform, BB 1974, 174 ff. Zu diesem Problemkreis der volkswirtschaftlichen Effektivität lies auch Hardlitschke, Die steuerliche und wirtschaftliche Auswirkung von sog. Abschreibungs-Kommanditgesellschaften, DStR 1969, 78 ff; Nebe, Steuerfinanzierte Vermögensbildung durch Verlustzuweisung, DStR 1972, 391 ff; Wegner, Das Berliner Abschreibungswunder, steuerliche Effizienz von Berlin-Investitionen, BB 1968, 1422 ff und BB 1969, 1213 ff; Jahrmarkt, Zur betriebswirtschaftlichen , steuerlichen und gesellschaftspolitischen Problematik von "Verlustbeteiligungen" an Abschreibungsgesellschaften, Festschrift für Kuno Barth, Steuerlast und Unternehmenspolitik, 1971, 325 ff.

In jedem Fall gibt es auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Kapitalanlagen zahlreiche Projekte, die unbestritten förderungswürdig sind (Sozialer Wohnungsbau, Energiegewinnung, Umweltschutz, Zonenrand-, Berlinförderung u. a. m.). Geschlossene Immobilienfonds haben vom Gesetzgeber ausdrücklich ihren Platz für die Stadtsanierung erhalten[1]. Ferner stellt gerade die Publikums-Kommanditgesellschaft für viele mittelständischen Gesellschaften eine wichtige Form der Kapitalbeschaffung dar.

Die vorstehenden Ausführung sollten zumindest deutlich gemacht haben, daß man sich der bestehenden Problematik nicht dadurch entziehen kann, daß man sie unter Hinweis auf die Mißstände in der Abschreibungsbranche einseitig akzentuiert.

---

1) Lubben, "Immobilienfonds heute" BB 1974, Beilage Nr. 23, 17, Kindermann, Zur Rechtsposition von Anleger und Anlegergesamtheit geschlossener Immobilienfonds der KG-Form, WM 1975, 782 ff.

Das neueste Beispiel einer besonderen Verwendung der KG ist im Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau vom 23.6.1976 (BGBl. I 1976, 337) enthalten. In § 12 a Abs. II sind dort als Bauträger von Wohnbesitzwohnungen Kommanditgesellschaften genannt, "bei denen die persönlich haftenden Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag keine Kapitalanteile haben dürfen und die Kommanditisten das zweckgebundene Vermögen als Treuhänder für die Wohnbesitzberechtigten halten".
Hierzu: Pick, Die normierte atypische Kommanditgesellschaft - Bemerkungen zur Wohnbesitz-KG im Rahmen des Gesellschaftsrechts, ZGR 1978, 698 ff.

Vgl. zu solchen Konstruktionen Cölle, Der Hausbesitzbrief, Treuhandkommanditgesellschaften mit breitem Anlegerkreis als Immobilienfonds, 1968; Hanne, Die zivilrechtliche und steuerliche Stellung der Zertifikatsinhaber bei geschlossenen Immobilienfonds in Form von Kommanditgesellschaften, Diss. Berlin 1971.

3) Der Beitrag des Gesellschaftsrechts zum Anlegerschutz

Soweit die Notwendigkeit eines auf die Nebenkapitalmärkte ausgedehnten Anlegerschutzes anerkannt wird, ist die Bedeutung von Verbesserungen auf dem Gebiet des Personengesellschaftsrechts unbestritten[1]. Kontrovers ist jedoch im einzelnen, inwieweit auch auf diesem Gebiet gesetzliche Neuregelungen notwendig und sinnvoll sind und mit welcher Effektivität de lege lata bestehende Verbesserungsmöglichkeiten genutzt werden können.

Im Schrifttum wurden u. a. folgende Möglichkeiten eines Eingreifens des Gesetzgebers erwogen:

- Die Publikums-Kommanditgesellschaften ganz zu verbieten oder zumindest dadurch zu beschränken, daß man die Zahl der Kommanditisten limitiert.

- Einen Rechtsformzwang wie das KAGG oder das Hyp.BankG vorzusehen, solchen Gesellschaften also die Form einer Kapitalgesellschaft mit deren ausgeprägten Schutzvorkehrungen vorzuschreiben.

- Generell das KAGG für anwendbar zu erklären.

- Eine Gründungsprüfung durch Wirtschaftsprüfer vorzuschreiben.

- Eine Registrierpflicht einzuführen.

- Die Stellung eines Treuhandkommanditisten auf Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und/oder Banken zu beschränken.

---

1) Dazu Wiedemann, Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, BB 1975, 1591 ff.

- Auch von den Gründern zwingend eine Kommanditeinlage zu verlangen.

- Eine Vollhaftung der Gründer einzuführen.

Der 51. Deutsche Juristentag hat für den gesellschaftsrechtlichen Bereich folgende relevanten Empfehlungen ausgesprochen:

- Für die abhängige Publikumspersonengesellschaft vorzusehen, daß jährlich durch die Geschäftsführer-Gesellschafter ein Abhängigkeitsbericht der Gesellschafterversammlung vorzulegen ist.

- Einen Treuhänder der Anleger oder einen Aufsichtsrat zwingend vorzuschreiben.

- Die Abberufung der Geschäftsführung zu erleichtern sowie das Informationsrecht der Anleger zu verbessern.

- Eine Rechnungslegung nach aktienrechtlichem Muster vorzusehen[1].

So einleuchtend diese Vorschläge auf den ersten Blick wirken mögen, muß - bevor auf einzelne Vorschläge im einzelnen einzugehen ist - auf verschiedene grundsätzliche Bedenken hingewiesen werden, die bei der Erwartung, die an gesetzliche Änderungen in diesem Bereich geknüpft werden, zu berücksichtigen sind:

Es wurde schon bemerkt, daß gesetzliche Reformen - gerade auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts - eine lange Zeit brauchen. Für die große Zahl der schon bestehenden und

---

1) Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages Band II, Sitzungsberichte, Kurzberichte in NJW 1976, 2004 ff, JZ 1976, 793 ff.

noch entstehenden Gesellschaften kommen derartige Änderungen zu spät, die Schäden sind bereits eingetreten.

Eine gesetzliche Regelung kann nur die gerade jetzt erkannten Probleme erfassen. Gerade die Branche der Abschreibungsgesellschaften hat jedoch gezeigt - insbesondere neuerdings gegenüber der steuerrechtlichen restriktiven Praxis - daß sie in der Lage ist, genug Phantasie zu entwickeln, neuen gesetzlichen Regelungen auszuweichen, sie zu umgehen oder leerlaufen zu lassen. Richterrecht ist dagegen prinzipiell eher geeignet, die Reaktionen der Adressaten bereits in seine Entscheidungen einzubeziehen und diese gegebenenfalls entsprechend zu korrigieren, als dies der schwerfällige Gesetzgebungsapparat es könnte.

Es könnte die unerwünschte Wirkung eintreten, daß eine zu detaillierte, alle denkbaren Möglichkeiten erfassende Regelung einen wirtschaftlich nicht unbedeutenden Teil des Kapitalmarkts praktisch stillegen würde. Daß dies sicher nicht in jedem Fall im volkswirtschaftlichen Interesse liegen kann, wurde bereits ausgeführt[1)]. Außerdem hat die Vergangenheit gezeigt, daß dann damit gerechnet werden müßte, daß diejenigen Gruppierungen, die jetzt solche Anlagen anbieten, einfach in noch ungeregelte Bereiche "weiterwandern" und dort wieder mit denselben Praktiken arbeiten würden.

Bereits durch das Vermögensanlagegesetz entstehen erhebliche von der Gesellschaft zu tragende zusätzliche Kosten für erforderliche Nachweise, Berechnungen, Unterlagen, Erläuterungen, Prüfungen usw.. Auch die meisten Vorschläge für eine bessere Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts wären mit weiteren zusätzlichen Kosten verbunden: Gründungsprüfung, zusätzliche Rechnungslegung, zwangsweise Einschaltung von Treuhändern oder Aufsichtsräten. Dies hätte sicher auch zur Folge, daß sich der Angebotsmarkt auf wenige große Kapitalanlagegesell-

---

1) Vgl. oben, Einleitung Ziff. 2).

schaften reduzieren würde, was durchaus unerwünschte Nebenfolgen, die mit einer solchen Konzentration zusammenhängen, hätte.

Die angegebenen gesetzlichen Änderungsvorschläge wurden bereits in der Literatur und vor allem auch auf dem 51. Deutschen Juristentag[1] ausgiebig diskutiert. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die sich in erster Linie mit der Inhaltskontrolle befassen soll, kann diese Diskussion im einzelnen nicht aufgegriffen werden. Soweit sich jedoch die Frage stellt, ob in Einzelfällen eher ein bestimmter Änderungsvorschlag oder eine Inhaltskontrolle geeigneter erscheint, soll exemplarisch auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden.

Es ist prinzipiell sicher sinnvoll, einen Treuhänder der Anleger oder einen Aufsichtsrat zwingend vorzuschreiben. In der Praxis haben jedoch heute die meisten dieser Gesellschaften schon einen Treuhänder und/oder einen Beirat[2]. Man kann jedoch in der Regel nicht sagen, daß dies den Schutz der Anleger verbessern würde. Gerade die Einschaltung eines Treuhänders wird häufig dazu mißbraucht, unmittelbare Rechte der Anleger gegen die Gesellschaft, die faktisch ihr Kapital verwaltet, auszuschließen[3]. Ebenso hat die Konstituierung eines Aufsichtsrats oft bloße Alibifunktion oder dient nur dazu, durch überhöhte Vergütungen oder "Aufwendungsersatz" der Gesellschaft zugunsten der Initiatoren oder deren Strohleute Kapital zu entziehen. Die Effektivität hinge hier also von der exakten gesetzlichen Regelung ab, die zahlreiche neue Probleme aufwerfen würde.

Ebenso steht es mit der Forderung nach erleichterten Abberufungsmöglichkeiten der Geschäftsführung und einem verbesserten Informationsrecht der Anleger. Gerade hier bestehen in der

---

1) Lies hierzu die Sitzungsberichte aaO.

2) Im einzelnen unten, 2. Teil, Abschn. III, Ziff. 5.

3) So offensichtlich auch in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall, oben, S. 7, FN 1.

Praxis dadurch große Schwierigkeiten, daß durch die Zwischenschaltung eines Treuhandkommanditisten unmittelbare Rechte gegenüber der Gesellschaft ausgeschaltet werden können. Die Position des Treuhandkommanditisten wird dann häufig dadurch abgesichert, daß er nur durch einen mit Dreiviertelmehrheit (der anwesenden) Anleger (die untereinander dann als BGB-Gesellschaft organisiert sind) ersetzt werden kann. Ferner ist zu berücksichtigen, daß sich die zahlreichen Anlagegesellschafter nicht kennen und ihnen Informationen vorenthalten werden über ihre Mitgesellschafter. Auch wenn sie diese ermitteln, ist eine gemeinsame Interessenwahrung von überall im ganzen Bundesgebiet ansässigen (im Beruf engagierten) Gesellschaftern kaum durchführbar.

Eine weitere kaum zu überwindende Schwierigkeit bestünde darin, die Gesellschaften exakt zu definieren, für die solche Regelungen (im Gegensatz zu den herkömmlichen Gesellschaften) gelten sollen. Der Gesetzgeber könnte es sich nicht so einfach machen wie der BGH, der seine Rechtsprechung auf Gesellschaften abstellt, die "auf die Vielzahl rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafter angelegt ist"[1]. Es müßten vielmehr präzisere Kriterien angegeben werden.

Ein Abstellen auf die Zahl der Kommanditisten wäre sicher ungeeignet. Abgesehen davon, daß es auch nicht wenige Familien-Kommanditgesellschaften gibt, die 40, 50 oder mehr Mitglieder haben, lassen sich die Grenzzahlen ohne weiteres durch die Einschaltung von "Stroh"-Gesellschaftern als Treuhänder halten. Das Problem kann auch nicht etwa, wovon Großfeld offenbar ohne weiteres auszugehen scheint[2], auf die Publikums-GmbH & Co. KG beschränkt werden. Es sind natürlich zahlreiche andere Gestaltungsformen denkbar und werden praktiziert: Kommanditgesellschaften mit natürlichen Personen als Komplementär, stille Gesellschaften, Unterbeteiligungen etc..

---

1) BGHZ 63, 338 ff (345), ähnliche Formulierungen in den weiteren Entscheidungen.

2) Großfeld aaO, 42 ff.

Die vorstehenden Ausführungen sollten gezeigt haben, daß der Verweis auf gesetzliche Änderungsmöglichkeiten keineswegs davon dispensieren kann, sich mit den de lege lata bestehenden Möglichkeiten ernsthaft zu befassen[1].

Es versteht sich von selbst, daß es auch zahlreiche Anlagen auf dem "Grauen Kapitalmarkt" gibt, wo ein gesellschaftsrechtlicher Ansatz nicht greifen kann, weil dort ein Gesellschaftsverhältnis nicht zugrundeliegt. Dies gilt etwa für ausländische Aktien und ausländische Obligationen, insbesondere für DM-Auslandsanleihen, Anlagen, für die Dienst- bzw. Verwaltungsleistungen maßgeblich sind (z. B. Verträge mit Bauträgern oder Baubetreuern) oder Anlagen in reinen Sachwerten ohne Dienst- oder Verwaltungsleistungen[2]. Zumindest für geschlossene Immobilienfonds und steuerbegünstigte Kapitalanlagen werden jedoch gesellschaftsrechtliche Organisationsformen immer unentbehrlich bleiben. Und diese Formen decken von ihrem kapitalmäßigen Volumen her einen großen Bereich der Nebenkapitalmärkte ab[3]. Darüber hinaus ist aber auch zu bedenken, daß die hier zur Inhaltskontrolle ausgeführten Gedanken auch bei anderen Rechtsverhältnissen, für die der Interessenkonflikt einerseits Anleger, andererseits Initiator-Verwalter typisch ist, Anwendung finden können. Dies zeigt z. B. das Warentermingeschäft. Auch dort werden Nichtfachleute durch öffentliche Anzeigen geworben und die Unterzeichnung des Anlagevertrags findet unter ganz ähnlichen Umständen statt. Es wird dort zwar kein Gesellschaftsvertrag bzw. keine "Beitrittserklärung" unterzeichnet, sondern etwa ein Verwahrungs- oder ein Depotvertrag. Auch dieser ist jedoch vom Anbieter einseitig für alle Anleger identisch vorformuliert. Da der Vertragsschluß- Mechanismus als Richtigkeitsgewähr gestört ist, bestehen damit hier grundsätzlich dieselben Mißbrauchsmöglichkeiten.

---

1) Das wird heute auch nicht mehr ernsthaft bestritten.
2) Vgl. dazu im einzelnen Hopt, Gutachten, G 27 ff.
3) Dazu unten 1. Teil Ziff. 5.

Der Gedanke, der dieser mit dem Anlegerschutz aus gesellschaftsrechtlicher Sicht beschäftigenden Arbeit zugrundeliegt, kann also wie folgt zusammengefaßt werden:

Probleme des Anlegerschutzes auf dem sogenannten grauen Kapitalmarkt können von verschiedenen Seiten angegangen werden, deren Berechtigung durch diesen gesellschaftsrechtlichen Ansatz in keiner Weise in Frage gestellt wird. Probleme jedoch, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis selbst ergeben, also insbesondere die Rechtsstellung des Anlegers mit ihrer Grundlage im Gesellschaftsvertrag, können nur mit einem Instrumentarium behandelt werden, das auf diesem Gebiet angesiedelt ist. Aktuelle Erfolge lassen sich bei Ausschöpfung der de lege lata bestehenden Möglichkeiten besser kalkulieren als im einzelnen umstrittene gesetzliche Neuregelungen auch im Gesellschaftsrecht.

1. Teil

Die Publikumspersonengesellschaft in der Rechtswirklichkeit

1) Begriffliche Klärung

Wegen der für die Gesellschaften, die Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind, bestehenden begrifflichen Vielfalt (man spricht von Publikums-Kommanditgesellschaften, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalbeteiligungsgesellschaften, Kapitalanlagegesellschaften oder Massengesellschaften), ist es zunächst erforderlich, eine Klärung dieser Begriffe vorzunehmen und damit auch den Gegenstand dieser Untersuchung klar zu bezeichnen.

M. E. sollte als allgemeiner Überbegriff die Bezeichnung "Publikumspersonengesellschaft" gewählt werden. Darin kommt zum Ausdruck, daß es sich der rechtlichen Form nach zwar um eine Personengesellschaft und nicht um eine Kapitalgesellschaft handelt. Der Zusatz "Publikums" weist darauf hin, daß aber der Kreis der Gesellschafter im Gegensatz zum gesetzlichen Leit- und herkömmlichen Erscheinungsbild unbegrenzt ist. Die Gesellschafter entstammen aus dem "Publikum", also nicht aus einem nach persönlichen Merkmalen und/oder Beziehungen von vornherein abgegrenzten Personenkreis. Das scheinbar Widersprüchliche der Bezeichnung "Publikumspersonengesellschaft" (künftig auch einfach nur PPG), drückt gerade das Charakteristische dieses Typus aus.

Dabei kann die Bezeichnung PPG verschiedene von der Praxis entwickelte Gebilde umfassen. Steht auch der Typ der GmbH & Co. KG im Vordergrund - wofür sich auch die Bezeichnung Publikums-KG eingebürgert hat - gibt es noch zahlreiche weitere gesellschaftsrechtliche Organisationsformen und Mischtypen wie z. B. die atypische stille Gesellschaft, BGB-Gesellschaft u. a. m.. Die Bezeichnung "Publikums-KG" wäre daher für die vorliegende Arbeit zu eng.

Der auch verwendete Begriff "Kapitalbeteiligungsgesellschaft" (oder auch "Kapitalanlagegesellschaft") ist in diesem Zusammenhang mißverständlich. Er trifft zwar auch hier insoweit den Kern der Sache, als es sich um eine Gesellschaft handelt, bei der die Kapitalbeteiligung oder Kapitalanlage im Vordergrund steht. Da das KAGG diese Bezeichnung für die seinem Regelungsbereich unterworfenen Gesellschaften reserviert hat[1], sollte man diesen Terminus auch nur für diese Gesellschaften verwenden.

Ähnlichen Bedenken begegnet es, wenn man in unserem Zusammenhang von einer "kapitalistischen" oder "kapitalistisch strukturierten" Personengesellschaft spricht. Auch dieser Terminus trifft an sich einen sachlich richtigen Ansatzpunkt, daß nämlich die Personengesellschaft im Gegensatz zu ihrem gesetzlichen Leitbild wie eine Kapitalgesellschaft organisiert ist, d. h. daß das Kapital und nicht die Personen im Vordergrund stehen. Diese Bezeichnung hat jedoch durch Boesebeck[2] eine besondere Bedeutung bekommen und man nennt deshalb eine solche Kommanditgesellschaft auch

---

1) § 1 KAGG

2) Vgl. Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, 1938. Ders., Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Soziale Praxis, 1938, 715. Ferner Bruckhaus, Die körperschaftsähnliche KG, 1942. Flechtheim, Die kapitalistisch ausgestaltete Personengesellschaft, 1934.

den "Boesebeck-Typ". Gemeint ist damit eine Gesellschaft, die von den Kommanditisten (den "Kapitalisten") und nicht von den persönlich haftenden Gesellschaftern (wie beim gesetzlichen Leitbild der Kommanditgesellschaft) beherrscht wird. Da dies aber bei den PPG gerade nicht der Fall ist[1], sollte man diese Bezeichnung in diesem Zusammenhang auch nicht verwenden.

Verwendung (auch durch den BGH) findet noch der Terminus "Massengesellschaft". Dieser besitzt immerhin schlagwortartige Prägnanz. Er kann deshalb auch in diesem Rahmen synonym für PPG verwendet werden, bezieht sich dann aber nur auf Personengesellschaften[2] [3].

---

1) Auch wenn ein Treuhandkommanditist eingeschaltet ist, hat dieser im Verhältnis zur Komplementärin keine beherrschende Stellung.

2) Geläufig ist auch die Bezeichnung "Abschreibungsgesellschaft". Dieser unscharfe Begriff trifft höchstens auf Gesellschaften zu, deren Hauptzweck die Ausnutzung von Abschreibungsmöglichkeiten ist. Dabei hat diese Bezeichnung einen negativen Akzent erhalten, der allenfalls aufgrund der Mißbräuche in der Praxis, nicht aber hinsichtlich der Konstruktion als solcher gerechtfertigt ist. Daß steuerrechtliche Instrumente als Mittel der Wirtschaftslenkung oder -beeinflussung eingesetzt werden und konsequenterweise steuerliche Gesichtspunkte bei der wirtschaftlichen Entscheidung eine wichtige Rolle spielen, wird auch sonst nicht als anrüchig angesehen. Will man also diese Bezeichnung nicht gerade gezielt verwenden, um damit bestimmte negative Erscheinungsformen zu benennen, sollte man sie eher vermeiden.

3) Von Reuter wird in seiner Arbeit "Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen" 1973, der Begriff "Satzungsgesellschaft" verwendet. Prima facie könnte man meinen, daß auch die hier behandelten PPG solche Satzungsgesellschaften sein könnten. Denn die Gesellschaftsverträge solcher PPG haben viel eher Satzungscharakter als den Charakter eines echten Gesellschaftsvertrages, der auf die Bedürfnisse der konkret beteiligten Personen abgestellt ist. Satzungsgesellschaften im Reuterschen Sinne setzen jedoch voraus, daß sie charakteristischerweise auf Dauer angelegt sind. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Gesellschafter aus dem allgemeinen Publikum sich zusammensetzen oder aus Gruppen, Sippen oder Familien. Insofern sind die Akzente ganz anders gesetzt als bei der PPG und man sollte letztere daher nicht im technischen Sinn als "Satzungsgesellschaften" bezeichnen.

2) Sachliche Klärung

Über die tatsächlichen Dimensionen solcher Publikumspersonengesellschaften soll in diesem Abschnitt ein Überblick gewonnen werden. Vorweg sind jedoch die Kriterien abzuklären, anhand derer zu überprüfen ist, ob eine solche PPG vorliegt, auf die sich die anschließenden Ausführungen beziehen sollen.

Der BGH hat seine Grundsatzentscheidung[1] auf solche Gesellschaften bezogen, die darauf angelegt sind, "zur Kapitalansammlung eine unbestimmte Vielzahl von Kommanditisten (und stillen Gesellschaftern) aufzunehmen", wobei diese in der Öffentlichkeit geworben und "untereinander und zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keiner persönlichen oder sachlichen Beziehung stehen".

Eine Gesellschaft, für die eine Inhaltskontrolle nach Maßgabe der später folgenden Ausführungen in Betracht kommt, ist also unter Zugrundelegung der vom BGH angegebenen Kriterien wie folgt zu umschreiben:

a) Es muß sich um eine Gesellschaft handeln, d. h. um eine privatrechtliche Personenvereinigung, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet wurde (§ 705 BGB).

b) Diese Gesellschaft darf ihrer äußeren rechtlichen Form nach nicht eine Kapitalgesellschaft sein.

c) Diese Gesellschaft muß nach ihrem gesamten Erscheinungsbild darauf angelegt sein, zur Kapitalansammlung eine

---

1) BGHZ 64, 238 ff.

unbestimmte Vielzahl "in der Öffentlichkeit geworbener"[1], untereinander in keiner persönlichen oder sachlichen Beziehung stehender Gesellschafter aufzunehmen.

3) Gestaltungsformen und Anwendungsbereich

Die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsformen sind vielfältig und die verschiedenen Mischformen und Varianten zahlreich. Regeltyp ist eine Kommanditgesellschaft, in der die Anleger als Kommanditisten beteiligt sind. Dies können sie entweder unmittelbar sein oder über einen sogenannten Treuhandkommanditisten, wobei es Gesellschaften gibt, bei denen beide Formen vorkommen, je nach der Höhe der Beteiligungen. Ist ein Treuhandkommanditist vorhanden, können die Rechtsbeziehungen der Anleger in der Weise geregelt sein, daß sie untereinander eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden mit dem Gesellschaftszweck, die Rechte gegenüber dem Treuhandkommanditisten wahrzunehmen. Eine andere Gestaltungsmöglichkeit ist, daß nur jeder Kapitalgeber für sich einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Treuhänder schließt, die Anleger also untereinander nicht in einer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform verbunden sind.

Persönlich haftende Gesellschaft kann eine von den Initiatoren beherrschte GmbH (oder auch eine andere GmbH & Co.) sein, seltener eine Privatperson aus dem Kreis der Initiatoren. Der persönlich haftende Gesellschafter leistet in der Regel keine Einlage.

---

1) Anders als die Satzungsgesellschaften in dem von Reuter, 62, definierten Sinn. Bei dem Begriff "in der Öffentlichkeit geworben" kann auf die Definition im Entwurf des Vermögensanlagengesetzes (§ 1 Abs. 1) zurückgegriffen werden. Dort heißt es, das Gesetz gelte für den Vertrieb von Anteilen "im Wege des öffentlichen Anbietens, der öffentlichen Werbung oder in ähnlicher Weise".

Verbreitet ist auch die Stille GmbH & Co., also eine GmbH mit den Kapitalgebern als stillen Gesellschaftern. Bei Bauprojekten findet man häufig eine BGB-Gesellschaft, bei der aus Haftungsgründen die Geschäftsführung von einer KG wahrgenommen wird. Bei Schiffahrtsprojekten gibt es noch die im HGB (§ 486) geregelte Partenreederei, die der BGB-Gesellschaft nachgebildet ist.

Die Wahl unter den verschiedenen Gestaltungsformen hat vor allem steuerliche und haftungsrechtliche Motive, oder folgt ganz allgemeinen Praktikabilitätsgesichtspunkten[1].

Publikumspersonengesellschaften in der einen oder anderen Gestaltungsform kommen vor allem in folgenden Bereichen vor:

- Steuerbegünstigte Kapitalanlagen im engeren Sinn[2],

---

1) Zu den verschiedenen Kombinationsformen und ihren Motiven Rädler-Raupach, Handbuch der steuerbegünstigten Kapitalanlagen, 1973, Quast, Steuerbegünstigte Kapitalanlagen in betriebswirtschaftlicher, steuerlicher und zivilrechtlicher Sicht, 1973, Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 1978, Westermann/Scherpf/Paulick/Bulla/Hackbeil, Handbuch der Personengesellschaften, 1975, Böttcher-Zartmann-Faut, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 1978, Buchwald, Eine neue Variante der GmbH & Co. KG, GmbH-Rundschau, 1969, 90 ff.

2) Steuerliche Gesichtspunkte spielen natürlich bei allen Anlagen eine mehr oder weniger wichtige Rolle. Als "steuerbegünstigte Kapitalanlagen" sollen hier zur Abgrenzung jedoch nur diejenigen genannt werden, die von vornherein auf die Ausnutzung steuerlicher Vorteile ausgerichtet sind.

- geschlossene Immobilienfonds[1],

- Kapitalbeschaffung vor allem für mittelständische Unternehmen.

4) Ursachen und Entwicklung

Das Aufkommen der Massengesellschaften des heute bekannten Typs ist etwa in den sechziger Jahren anzusetzen. Das kapitalmäßige Volumen, das in solchen Gesellschaften angelegt wurde, ist bald bis in Milliardenhöhe angewachsen. Bei der Suche nach den Ursachen ist vor allem darauf hinzuweisen, daß zwar bei den klassischen Anlageformen ein umfassender Schutz der Anleger durchgeführt wurde, daß sich aber die Renditemöglichkeiten dieser Anlageformen insgesamt vermindert haben. Gerade auch Schutznormen haben tendenziell dazu geführt, daß mit der Gefahr auf wagemutiger Spekulation beruhender großer Verluste auch andererseits die Aussicht auf exorbitante Gewinne geschmälert wurde. Der Anleger stand also vor der Alternative, entweder eine sichere, aber wenig renditeträchtige Anlage zu wählen oder aber eine weniger sichere, aber mit großen Gewinnversprechungen lockende.

---

1) Dazu Ertner, Grundbesitz durch Beteiligung, Kommanditanteile, Immobilienzertifikate, Wohnungseigentum, 1971; Forberg, Geschlossene Anlagefonds, ZfgK 1972, 754; Gördel, Rechtsform der Personengesellschaft (OHG, KG) für Immobilien-Anlage-Gesellschaften zulässig? BB 1966, 1000 ff; Hanne, Die zivilrechtliche und steuerliche Stellung der Zertifikatsinhaber bei geschlossenen Immobilienfonds, 1971; Kindermann, Zur Rechtsposition von Anleger und Anlegergesamtheit geschlossener Immobilienfonds der KG-Form, Wirtschafts-, Wertpapier- und Bankrecht, 1975, 782 - 787; Schröder, Gesetzliche Regelung für geschlossene Immobilienfonds? ZfgK 1972, 640, 642. Noch nicht abzusehen ist, inwieweit die in § 12 a Abs. 2 des Gesetzes zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau vorgesehene KG als Bauträger der Wohnbesitzwohnungen sich verbreiten wird.

Ein weiterer Grund sind sicher auch die neuen Vertriebsmethoden, die insbesondere von IOS-Agenten auch auf dem bundesdeutschen Markt eingeführt wurden. Konventionelle Anlagen wurden und werden vor allem über Banken abgewickelt. Kapitalanlagen des "Grauen Kapitalmarkts" wurden nunmehr plötzlich an der Haustür verkauft wie Staubsauger. Hohe Provisionen für die Werber (10 % - 20 % der erheblichen Zeichnungssummen) sorgten für entsprechende Anstrengungen und Erfolge.

Hinzu kam, daß solche Anlagen vor allem durch ihre steuerlichen Aspekte interessant gemacht wurden. Während die Renditen aus den konventionellen Anlagen das Einkommen noch erhöhten, damit die Steuerprogression verschärften, den Steueranteil am Gesamteinkommen also noch erhöhten, war es naheliegend, daß Anlageformen mit einer steuerentlastenden Komponente auf großes Interesse stießen[1].

Bei der Konzeption dieser Anlageformen wurden daher bewußt und gezielt bestimmte steuerliche Maßnahmen aufgegriffen (insbesondere die Gewährung von Sonderabschreibungen), die dafür sorgen sollten, daß risikoreiche kapitalintensive Unternehmen interessierte Geldgeber fanden.

Als jedoch immer mehr Mißstände bekannt wurden, griffen die Steuerbehörden zu restriktiven Maßnahmen auf der steuer-

---

1) Die Anbieter steuerbegünstigter Kapitalanlagen rechtfertigen ihre Angebote damit, daß dem Progressionseffekt der höher Verdienende stärker ausgesetzt wird (bis etwa 60 %), dem müsse ein entsprechender Degressionseffekt gegenüberstehen, also überproportionale Steuerersparnis. Höherverdienende würden zumeist erst spät in die Verdienstphase eintreten. Ihnen blieben nur 10 % bis 20 % ihres Einkommens für die normale Vermögensbildung. Ein Höherverdienender sei außerdem auf eine hohe Rendite angewiesen. Denn nur um sein vorhandenes Vermögen zu erhalten, sei bereits eine Rendite von 16,5 % erforderlich. Denn es seien zunächst ca. 60 % Einkommensteuer zu zahlen (9,9 % der Rendite), zuzüglich 0,7 % für die Vermögenssteuer und 4 % bis 6 % für den Kaufkraftverlust, Notabene Spezialinformation der steuerberatenden Berufe, Februar 1977.

lichen Seite[1]. Dazu gehörte insbesondere die Einführung sogenannter Verlustklauseln[2] ab 1.1.1975 für viele Förderungsmaßnahmen, die Anweisung des Bundesministers der Finanzen vom 24.3.1976, wonach neu eintretenden Gesellschaftern Verluste nicht ausschließlich zugewiesen werden dürfen und die Streichung von Sonderabschreibungen u. a. m.. Insbesondere diese Maßnahmen führten dazum daß der Abschreibungsmarkt 1976 seinen Höhepunkt bereits überschritten hatte.

Nicht immer haben jedoch solche Maßnahmen den gewünschten Erfolg, vor allem lösen sie immer neue Umgehungsversuche aus. Nach Einführung der Verlustklauseln ist man z. B. dazu übergegangen, die Kapitalanleger in einer BGB-Gesellschaft zu organisieren, der ein bestimmtes Bauobjekt als privates Vermögen zugeordnet wird. Dieses wird dann an eine Betriebsgesellschaft vermietet, so daß die Verlustklauseln für die Gewerbebetriebe nicht greifen können. Ferner läßt sich die Verlustklausel nicht auf geringwertige Wirtschaftsgüter anwenden. Nach der Rechtsprechung des BFH handelt es sich z. B. bei Filmen um geringwertige Wirtschaftsgüter, deren Kosten also nicht aktivierungsfähig sind. Das hat dazu geführt, daß heute in der Bundesrepublik fast alle Spielfilme als Abschreibungsprojekte konzipiert sind.

Immer wieder wird auch die Abschaffung des negativen Ka-

---

1) Einen hervorragenden Überblick gibt hier der Beitrag des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung über Maßnahmen gegen den Mißbrauch von Steuervorteilen, abgedruckt in: Der Steuerberater, 1977, Heft 3, I ff. Kritisch: Lipp, Bedenkliche Sonderrechtsbildungen gegen Abschreibungsgesellschaften, BB 1977, 5 ff.

2) § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG läßt einen Verlustausgleich zwischen den einzelnen Einkunftsarten grundsätzlich unbeschränkt zu. Nach solchen Verlustklauseln können Einkünfte nur noch innerhalb des geförderten Gewerbebetriebes mit positiven Einkünften ausgeglichen werden.

pitalkontos gefordert[1]. Dagegen besteht jedoch im Bundesrat eine Opposition von seiten Schleswig-Holsteins (Schiffsbau) und Berlin (sozialer Wohnungsbau). Im übrigen leisten auch viele mittelständische Unternehmen Widerstand, die befürchten und dashalb zu verhindern versuchen, daß durch restriktive Maßnahmen ihre Kapitalbeschaffung gefährdet wird.

Die Entwicklungsmöglichkeiten werden also grundsätzlich wie folgt einzuschätzen sein:

- Steuerbegünstigte Kapitalanlagen.
  Neben einem Grundbestand von solchen, die allgemeine Abschreibungsmöglichkeiten ausnützen, wird es je nach der wirtschaftspolitischen Entwicklung in größerem oder geringerem Umfang noch spezielle Projekte für Sonderabschreibungen geben.

- Geschlossene Immobilienfonds werden als Instrumente der Stadtsanierung auf jeden Fall einen gesicherten Platz haben.

- Die Entwicklung der Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung durch Beteiligungsangebote an ein breites Publikum hängt von der allgemeinen Entwicklung des Kapitalmarkts ab. Auch hier kann es zwar starke Schwankungen

---

1) Auf Antrag Hessens hat der Bundesrat im Juni 1977 die Bundesregierung in einem Entschließungsantrag aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch den das negative Kapitalkonto - dazu grundsätzlich: Kappe, Abschreibungsgesellschaften und negativer Kapitalanteil, 1972 - abgeschafft wird (Ausnahmen: Investitionen in Berlin und für den Schiffsbau).
Interesse an einer solchen Maßnahme hat auch der Einzelhandel. Handelsunternehmen bieten nämlich in letzter Zeit verstärkt Beteiligungen an Selbstbedienungswarenhäusern an. Dabei werden die erwünschten Anlaufverluste vor allem durch gezielte Niedrigpreisangebote nach der Neueröffnung erreicht. FAZ, 4. Mai 1977, 13 ("Einzelhandel gegen Abschreibungsgesellschaften").

geben, es wird jedoch kaum zu einem völligen Verschwinden dieser Anlageform kommen.

Es ist also festzustellen, daß es sich bei der zu behandelnden Problematik keineswegs (nur) um eine zeitbedingte Modeerscheinung handelt, die bald wieder verschwunden sein wird, sondern daß Publikumspersonengesellschaften ein Faktor unseres Wirtschafts- und Rechtslebens bleiben werden, mit dem man sich auseinandersetzen muß.

5) Wirtschaftliche Bedeutung

Über die Verbreitung der Publikumsgesellschaften und des von ihnen bewegten Kapitals lassen sich kaum zuverlässige exakte Angaben machen, da es keine aussagefähigen Statistiken gibt. Man ist daher weitgehend auf Schätzungen, die in der Wirtschaftspresse veröffentlicht werden oder auf eigene Angaben der Branche angewiesen[1]. Dort wurde in der Vergangenheit von einem Zeichnungsumfang von jährlich vier bis sechs Milliarden DM gesprochen, einem Betrag, der erheblich höher liegen würde als der, der Aktiengesellschaften durch Kapitalerhöhungen oder Neugründungen im Jahr zufließt[2]. In der Wirtschaftspresse wurde der Betrag von etwa vier Milliarden DM auch für das Jahr 1976 genannt. Eine der führenden Gesellschaften auf diesem Gebiet hat den Zeichnungsumfang für das Jahr 1976 jedoch nur noch auf eine

---

1) Lediglich bei geschlossenen Immobilienfonds kann man auf die Monatsberichte der Deutschen Bundesbank zurückgreifen, insbesondere 1/1975, 12 - 16, 1/1973, 11 - 17. Wiedergegeben bei Hopt, Gutachten, G, 40. Weiteres Material auch bei Kilius, Abschreibungsprojekte nach bekannten und neuen Modellen, Handbuch der Fachanwälte für Steuerrecht, 1973/1974, 251 ff.

2) So für das Jahr 1971, Rädler (FN 36), 32.

Milliarde geschätzt[1]. Der Rückgang ist offensichtlich auf die zahlreichen restriktiven Maßnahmen des Gesetzgebers und der Finanzbehörden zurückzuführen, die den auf diesem Gebiet aufgetretenen Mißständen begegnen sollten. Seit 1976 werden fast nur noch steuerbegünstigte Anlagen angeboten, die nur die allgemeinen Abschreibungsmöglichkeiten nützen und nicht Sonderabschreibungen, die bis auf Ausnahmen im Schiffsbau und im sozialen Wohnungsbau in Berlin praktisch abgeschafft sind[2].

Nach der Schätzung eines Branchenführers[3] sind auf dem Gebiet der steuerbegünstigten Kapitalanlagen ca. 15 bis 30 Unternehmen in der Bundesrepublik tätig. Bevorzugte Branchen sind: Energie, Forschung, Entwicklung, Umweltschutz, Schiffsbau, Film, Berlin, Zonenrandgebiete[4]. Neben exotischen Projekten wie Erdöl- und Erdgasbohrungen in fernen Ländern, stehen solide geschlossene Immobilienfonds als wesentlicher Faktor heimischer Städtesanierung. Neben Projekten, die zumindest vordergründig einem guten Zweck dienen sollen (sozialer Wohnungsbau, Altersruhesitz, Diagnosekliniken) stehen solche, bei denen es die Anbieter für angezeigt halten, "hundertprozentige Diskretion" zuzusichern (Pornofilme, Eros-Centren). Neben Gesellschaftsgründungen und -erweiterungen zur Sanierung notleidend gewordenen Unternehmen oder Finanzierung einer expansiven Investitionspolitik steht die Förderung der Entwicklung neuer Techno-

---

1) AaO. Damit ist natürlich nur das Eigenkapital bezeichnet. Rechnet man die hohe Fremdfinanzierung hinzu, wird ein Gesamtinvestitionsvolumen von drei bis vier Milliarden DM erreicht. Lt. Zeit vom 17.2.1978, 24, sollen rund 430 Millionen DM in Öl-Abschreibungsprojekten angelegt worden sein. Als Quelle werden "interne Schätzungen der Branche" genannt.

2) § 51 Abs. 1 Ziff. 2 lit. w EStG, § 82 ff EStDV, § 14 a Berlinförderungsgesetz.

3) Notabene aaO.

4) Nach dem Bericht des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, vgl. oben, S. 28, FN 1, werden z. Z. vor allem angeboten Sonderabschreibungen geringwertiger Wirtschaftsgüter, Erdöl- und Erdgasexploitationen, Goldminen in Mittelamerika, Filmproduktion in Hollywood.

logien (z. B. Müllverwertung) auf Abschreibungsbasis.

Aus dieser Vielfalt wird erkennbar, daß die Massengesellschaften - wie andere wirtschaftliche Unternehmen auch - auf allen erfolgversprechenden Gebieten tätig sind. Von der Konzeption her ist keineswegs charakteristisch, daß es sich um unsinnige oder anrüchige Projekte handelt (obwohl es sicher solche genug gibt), sondern es ist lediglich so, daß es sich um Projekte mit einem hohen Finanzierungsbedarf vor allem in der Anfangsphase handelt und die wirtschaftlichen Risiken vorher kaum kalkulierbar sind.

Die potentiellen Kunden der Anbieter von Beteiligungen an Massengesellschaften sind etwa 600 000 Bundesbürger, deren Jahreseinkommen über DM 60 000,-- liegt und die eine Spitzensteuerbelastung zwischen 44 % und fast 60 % haben. Gegenwärtig sollen etwa 200 000 Anleger mit Anlagen von insgesamt 15 bis 20 Milliarden DM engagiert sein[1].

Aufgabe der vorstehenden Ausführungen sollte es lediglich sein, die wirtschaftliche Bedeutung der Massengesellschaft zu skizzieren, um damit die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit diesem Phänomen darzustellen. Es wurde bereits bemerkt, daß diese Fakten durchaus mit Vorbehalt zur Kenntnis zu nehmen sind, zumal es sich weitgehend um grobe Schätzungen handelt. Trotzdem sollte erkennbar geworden sein - und nur darum kann es in diesem Rahmen gehen - daß die Massengesellschaften sowohl von dem dort bewegten Kapitalvolumen als auch von der Zahl der Betroffenen her gesehen - in Einzelfällen auch mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Wirtschaftssektors (Schiffsbau, Energie, Umwelt) -

---

1) Notabene aao.

nicht nur eine zu vernachlässigende Randerscheinung unseres Wirtschafts- und Rechtslebens sind[1].

1) Entgegen der Behauptung von Wunderlich, Zur Haftung für unrichtige und unvollständige Prospekte über Vermögensanlagen , MDR 1975, 102 ff, daß das Ende solcher Gesellschaften bald gekommen sei, besteht für diese Annahme kein Anlaß. Davon geht auch die Bundesregierung offenbar aus, wenn sie feststellt (vgl. oben, S. 28, FN 1): "Nach wie vor werden steuersparende Beteiligungen an gewerblich tätigen Kommanditgesellschaften und atypischen stillen Gesellschaften angeboten. Das Bundesministerium der Finanzen wird deshalb die Entwicklung in diesem Bereich auch weiterhin sorgfältig beobachten."

2. Teil

Die Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften

Rechtsordnung und Vertragswirklichkeit

I.

Zustandekommen, Ausgestaltung und Präsentation der Verträge[1)]

Vorbemerkung:

Die nachfolgende Darstellung beruht in erster Linie auf selbst gesammelten Erfahrungen. Der Verfasser hat sich gegenüber zahlreichen Gesellschaften als Interessent ausgegeben, Prospekte angefordert, Beratungsgespräche geführt und diese erst vor der Unterzeichnung einer Beitrittserklärung abgebrochen.

Diese eigenen Erfahrungen wurden bestätigt und erweitert durch die Aussagen von Mandanten, die der Verfasser als Anwalt kennengelernt hat.

---

1) Vorbildlich ist insoweit m. E. die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28.1.1972 = NJW 1972, 1816 ff, betreffend vorformulierte Maklerbedingungen.
Das Gericht setzt sich dort intensiv insbesondere auch mit der psychologischen Situation des Unterzeichners eines solchen Vertrages auseinander.

Gerade bei der Entwicklung der Inhaltskontrolle für AGB wurde die Erkenntnis gewonnen, daß Maßstab für Vertragsgerechtigkeit nicht nur der Inhalt des Vertrages sein kann, sondern daß dieser wiederum auf dem Hintergrund der Umstände gesehen werden muß, unter denen es im einzelnen zum Vertragsabschluß gekommen ist. Für die Unterzeichnung der Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften gibt es ein typisches procedere, das hier kurz nachgezeichnet werden soll, um auch insoweit ein sicheres Fundament für die zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen zu haben.

Während sonst Vermögensanlagen meist über oder von Banken angeboten werden, übernehmen bei Anlagen des Nebenkapitalmarkts spezialisierte Vertriebsgesellschaften den Vertrieb. Neben dem gezielten Anschreiben bestimmter Berufsgruppen und gelegentlichen "Kaltkontakten" geht man hauptsächlich wie folgt vor: In der Presse werden Annoncen über Kapitalanlagen veröffentlicht und das Angebot gemacht, auf einem vorbereiteten Coupon kostenlos und unverbindlich Informationsmaterial anzufordern. Wer diesen Coupon ausfüllt und abschickt, hat Interesse bekundet. Der Interessent bekommt das Informationsmaterial zugesandt. Neben dem Verkaufsprospekt erhält er bereits alle Erklärungen mitgesandt, die er unterschreiben soll: Beitrittserklärungen, Vollmachten, Treuhandaufträge etc.. Da sich aber nur die wenigsten schon aufgrund dieser Unterlagen zur Unterzeichnung und damit zur Zahlung der erheblichen Zeichnungssummen entschließen, wird der Interessent kurze Zeit darauf von einem Anlageberater angerufen, der mit ihm einen Termin vereinbart, um ihn bei der Anlageentscheidung zu beraten.

Fällt der Interessent aufgrund dieses Gesprächs eine positive Anlageentscheidung, werden die Unterschriften unter die vorformulierten Erklärungen sofort geleistet. Zögern wird mit dem Hinweis begegnet, daß die Anlage in kurzer

Zeit überzeichnet sein werde. Außerdem wird auf einen nahenden Steuertermin aufmerksam gemacht.

Der Anlageinteressent, durch hohe Renditeversprechen angelockt, ist grundsätzlich anlagebereit, der Werber muß nur noch einzelne Bedenken zerstreuen. Diesem Zweck dient die Beratung. Diese konzentriert sich hauptsächlich auf das, was den Anleger am meisten interessiert, die Rendite und die Sicherheit. Dabei wird das Sicherheitsproblem nicht unter eigentlich rechtlichen Gesichtspunkten besprochen, sondern unter praktischen: Seriosität der Gründer, namhafter Beirat, Beteiligung von Banken etc.. Auf die rechtliche Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags wird dagegen gar nicht oder allenfalls oberflächlich eingegangen; denn der Anleger wird mangels Information keine gezielten Fragen stellen können. Die gesellschaftsrechtliche Konstruktion wird auch nur als das hingestellt, was sie zunächst ist: eine bloße Förmlichkeit, die nur eine Hilfsfunktion zur Erreichung des Anlageziel hat. Auf Einzelheiten wird also hier nicht geachtet. Dabei wird vom Anleger übersehen und vom Berater geflissentlich verschwiegen, daß gerade die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags im Konfliktfalle die Rechtsstellung des Anlagegesellschafters bestimmt und damit ein wesentlicher Faktor für die Sicherheit der Anlage ist. Vielen Anlegern wird überhaupt nicht bewußt, daß sie einen Gesellschaftsvertrag schließen und "Gesellschafter" werden.

Da sich der Werber ohnehin als "Berater" zu gerieren weiß, der zwischen dem Anlagewilligen und den Initiatoren steht, wird die Hinzuziehung eines weiteren Beraters als überflüssig suggeriert. Falls ein solcher doch hinzugezogen wird und Bedenken anmeldet, wird darauf verwiesen, daß die Gründer absolute Spezialisten der Branche seien. Bedenken werden als diejenigen eines Nichtfachmannes abgetan.

Die psychologische Situation des Anlageinteressenten bei Vertragsunterzeichnung ist durch folgendes gekennzeichnet:

- Seine Kritikfähigkeit ist bereits durch die Magie eines hohen Renditeversprechens herabgesetzt.

- Er fühlt sich unter zeitlichen Druck gesetzt.

- Sein Interesse und Informationsbedürfnis sind auf Punkte gelenkt, die die rechtlichen Aspekte des Gesellschaftsvertrages in den Hintergrund treten lassen.

- Die Hinzuziehung eines weiteren Beraters wird als unnötig hingestellt, da der Interessent ja bereits vom Anlageberater ausreichend beraten sei.

- Er sitzt einem vermeintlichen Spezialisten gegenüber, demgegenüber er sich durch unsichere Fragen keine Blöße geben will.

Eine solche Situation ist natürlich in keiner Weise geeignet, dem beitretenden Gesellschafter eine effektive Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu ermöglichen.

Hinzu kommen die Äußerlichkeiten, wie der Gesellschaftsvertrag dem zukünftigen Gesellschafter präsentiert wird: Der Gesellschafter unterschreibt nicht den Gesellschaftsvertrag selbst, den er im Original überhaupt nicht zu Gesicht bekommt, sondern lediglich eine sogenannte Beitrittserklärung. Den Inhalt des Gesellschaftsvertrags lernt er nur durch einen Abdruck auf den letzten Seiten des Verkaufsprospekts kennen. Nachdem vorher in bunten Farben und großen Buchstaben das Beteiligungsangebot mit allen Vorzügen beschrieben ist, folgt auf der letzten Umschlagseite engzeilig und klein

im Schwarz-Weiß-Druck die Wiedergabe des Gesellschaftsvertrages.

In der Beitrittserklärung heißt es dann etwa:

> "Ich erkläre hiermit unwiderruflich meinen Eintritt in die vorgenannte Kommanditgesellschaft und erkenne den mir bekannten Gesellschaftsvertrag hiermit als Bestandteil dieser Beitrittserklärung für mich verbindlich an."

Da der Gesellschafter also nur einer bereits bestehenden oder als bestehend dargestellten Gesellschaft beitritt, deren Rechtsverhältnisse bereits durch einen Gesellschaftsvertrag mit satzungsähnlichem Charakter festgelegt sind, kommt er schon gar nicht auf den Gedanken, daß es sich dabei um Vertragsbedingungen handelt, die grundsätzlich durchaus verhandlungsfähig wären[1].

Durch diese gesamten Umstände wird ferner der Eindruck verstärkt, daß es sich bei dem Gesellschaftsvertrag nur um eine Förmlichkeit handle. Es wird also für den Anlagegesellschafter nicht erkennbar, daß allein durch den Gesellschaftsvertrag alle Rechte und Pflichten der Beteiligten festgelegt werden, der Gesellschaftsvertrag also nicht nur eine externe Bedeutung hat (gegenüber dem Finanzamt, Handelsregister usw.), sondern auch eine interne hinsichtlich der am Projekt Beteiligten mit ihren konvergierenden Interessen.

Die geschilderte psychologische Situation des Unterzeichners wird also noch besonders problematisch durch die Eigen-

---

1) Natürlich wäre es ausgeschlossen, daß jeder einzelne Anlagegesellschafter sich seine eigenen Vertragsbedingungen aushandelt. Dies bedeutet jedoch allenfalls einen Zwang zur Einheitlichkeit, nicht aber zur formularmäßigen Schlechterstellung und damit einheitlichen Ungleichbehandlung der Anlagegesellschafter.

art des Vertragswerks. Dieses ist einseitig vorher festgelegt, ohne Änderungsmöglichkeiten für den Anleger. Es ist tatsächlich und rechtlich schwer zu durchschauen. In tatsächlicher Hinsicht, weil es entgegen seiner wirklichen Bedeutung nur am "Rande" präsentiert wird und dadurch nicht die ihm angemessene Aufmerksamkeit erhält. In rechtlicher Hinsicht, weil es sich um komplexe juristische Konstruktionen handelt, die in ihren Auswirkungen vom Unterzeichner überhaupt nicht abgeschätzt werden können. Kann schon die Konstruktion einer GmbH & Co. KG von einem juristischen Laien kaum nachvollzogen werden, wird er es erst recht nicht erfassen können, wenn sich eine versteckte Formulierung als Ermächtigung zur unbegrenzten Kapitalerhöhung herausstellt oder etwaige Schadensersatzansprüche praktisch beseitigt werden.

II.

Regelungsbedürftige Interessen

Man wird zunächst davon ausgehen können, daß es objektive Interessen gibt, die der Gesellschaft als solcher immanent sind und deren Wahrung gleichermaßen allen Beteiligten, ob Geschäftsführer, Gründer - oder Anlagegesellschafter - zugutekommt:

- Einwandfreie rechtliche Konstruktion,

- Erfüllung der für Steuervergünstigungen erforderlichen Voraussetzungen,

- wirtschaftlich vernünftige Konzeption etc..

Daneben bestehen aber spezifische Interessen der Geschäftsführer und Unternehmensgesellschafter einerseits und der Anlagegesellschafter andererseits, die miteinander in Widerspruch geraten können. Die verschiedenen Interessen bestehen verkürzt gesagt darin, daß die ersteren der Gesellschaft im wesentlichen ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen, die letzteren einen Kapitalbetrag. Die einen wollen aus ihrer Arbeitskraft größtmögliche Vorteile ziehen, die anderen aus ihrem Kapital. Die Unternehmensgesellschafter wollen ihre Tätigkeit möglichst selbständig unter Ausschluß der Einflußmöglichkeiten anderer ausüben und dabei von haftungs-

mäßiger und sonstiger Verantwortung frei sein[1].

Für die Anlagegesellschafter stehen Kapitalerhaltung und Rendite im Vordergrund sowie ein begrenztes Risiko. Sie müssen also Wert legen auf:

- Absolut beschränkte Haftung auf den Zeichnungsbetrag, ohne Gefahr einer Nachzahlung.

- Umfassende Kontroll- und Auskunftsrechte, die leicht und effektiv handhabbar sind.

- Einflußmöglichkeiten auf die Geschäftsführung (bis hin zur Abberufbarkeit des GmbH-Geschäftsführers) und die Möglichkeit, gegen diese notfalls Ersatzansprüche zu realisieren.

- Angemessene Kündigungsfristen und Abfindungsansprüche.

- Übertragbarkeit der Beteiligung.

Die Schwierigkeit besteht nun darin, daß es sich dabei in der Praxis nicht um leicht trenn- und erkennbare Interessengegensätze handelt, sondern die verschiedenen Interessen untereinander verschränkt sein können. Auch kann nicht jeder dieser Punkte, wenn er in einem Gesellschaftsvertrag geregelt ist, für sich betrachtet werden, sondern er gewinnt seinen besonderen Stellenwert nur auf dem Hintergrund des

---

1) Die Interessengegensätze im einzelnen schildert sehr gut Quast, 69 ff. Die Initiatoren streben einen Gewinn an, der zu Lasten der Anlagegesellschafter gehen muß, die Anlagegesellschafter streben eine hohe Rendite an, die zu Lasten der Initiatoren gehen muß. Die Bevorzugung des einen oder anderen Interesses kann wesentlich durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gesteuert werden.

gesamten Vertragswerks[1]. Eine Freistellung der Geschäftsführung vor ständiger Kontrolle, ohne das Erfordernis, Zustimmungserklärungen beizuholen oder die Möglichkeit, ungeregeltes Auskunftsverlangen zurückweisen zu können usw., sind für ein wirtschaftlich sinnvolles Handeln durchaus gerechtfertigt. Andererseits muß aber der Gefahr eines Mißbrauchs begegnet werden.

Auf der einen Seite ist ein rascher Einzug der von den Gesellschaftern zu leistenden Einlagen erforderlich, auf der anderen Seite hat der um die Verwendung seiner Mittel besorgte Anleger ein legitimes Interesse daran, seine Zahlung vom Fortschreiten des Projekts abhängig zu machen.

Geldzufluß durch Kapitalerhöhung kann in bestimmten Situationen der einzig wirtschaftlich sinnvolle Weg sein, einen finanziellen Engpaß zu überwinden, auf der anderen Seite hat der Anleger ein Interesse daran, sein Risiko zu begrenzen und daher nicht ohne seine Zustimmung zu uferlosen Nachzahlungen verpflichtet zu sein oder entsprechend unter Druck gesetzt zu werden.

Es liegt im Interesse der Gesellschaft, einen gefährlichen Mittelabfluß aufgrund einer Vielzahl von Kündigungen von Einlagen zu verhindern, damit das Kündigungsrecht weitgehend einzuschränken, lange Kündigungsfristen zu setzen und die Auszahlung von Abfindungsansprüchen möglichst weit hinauszuschieben. Der Anleger will aber in seiner Bewegungsfreiheit möglichst nicht eingeschränkt sein. Wenn es schon rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist, seinen Anteil zu veräußern, möchte er wenigstens innerhalb angemessener Fristen kündigen und über sein Kapital wieder verfügen können.

---

1) Darauf weist richtig auch Schneider, ZGR 1978, 17, hin.

Mehrheitsprinzip und eine Ausgestaltung des Minderheitsschutzes in der Weise, daß Minderheitsrechte nicht dazu benutzt werden können, die Geschäftsführung zu sabotieren, mögen für eine effektive Verwaltung notwendig sein. Es muß dann aber dafür Sorge getragen werden, daß die Mehrheitsbildung in korrekter Weise erfolgt (kein Stimmrecht der Geschäftsführung in der Gesellschafterversammlung etc.).

Diese verschiedenen Interessen mit ihren Verschränkungen machen deutlich, daß die vertraglichen Regelungen hier besonders sorgfältig ausgearbeitet werden müssen. Die vom Gesetzgeber eingeräumte Vertragsfreiheit wäre hier also besonders geeignet, die Garantie dafür zu geben, daß die Beteiligten in freier Selbstbestimmung ihre Interessen wahren und zu einem abgewogenen Vertragskompromiß gelangen. Diese ideale Vorstellung wird jedoch durch die Wirklichkeit eindeutig widerlegt. Dadurch, daß die Verträge einseitig von der Gründerseite festgelegt werden, sind häufig alle Problempunkte so geregelt, daß nur die Interessen der Geschäftsführung berücksichtigt sind und die der Anlagegesellschafter vernachlässigt. Er werden Auskunfts-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte für die Anlagegesellschafter praktisch ganz ausgeschlossen, unbegrenzte versteckte Nachschußpflichten begründet, die Abtretung der Beteiligung ausgeschlossen, die Kündigung unzumutbar erschwert, damit sind die Anleger der Geschäftsführung praktisch ganz ausgeliefert und es werden ihnen dann auch noch mögliche Schadenersatzansprüche gegen diese genommen.

Die Vertragsfreiheit führt hier also in der Praxis nicht zu dem ihr zugedachten Sinn, einer dem Einzelfall gerecht werden Ausdifferenzierung der Interessen, sondern sie wird von einer Seite nur für ihre Interessen mißbraucht.

Um zu zeigen, daß dies nicht eine pauschale Behauptung ist, sollen Beispiele aus der Praxis herausgegriffen und exemplarisch dargestellt werden. Nur so kann man die tatsächliche Dimension des Problems richtig erfassen. Dabei ist auf folgendes hinzuweisen: Wie bereits an anderer Stelle[1)] festgestellt wurde, ist das Phänomen der Massengesellschaften rechtstatsächlich noch nicht erforscht[2)]. Auch im Rahmen dieser Arbeit kann eine vollständige oder repräsentative Aufarbeitung nicht geleistet werden. Der Anspruch der nachfolgenden tatsächlichen Ausführungen ist ein anderer: Es wurden rund 40 Gesellschaftsverträge verschiedener Gesell-

---

1) Westermann, AcP 1975, 408, FN 115.

2) Vgl. zu den einzelnen Aspekten, die bei Westermann aaO aufgeführten Arbeiten. Außerdem wären noch zu erwähnen:

Uhlenbruck, Abschreibungsgesellschaften, 1974; Bölke, Geschäfte mit Berlin, 1973; Buchwald, Eine neue Variante der GmbH & Co. KG, GmbH-Rundschau 1969, 90, 91; Engel, Die Risiken einer Beteiligung an Verlustzuweisungskommanditgesellschaften, Wpg 1974, 101 ff; Jahrmarkt, Zur betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und gesellschaftspolitischen Problematik von "Verlustbeteiligungen" an Abschreibungsgesellschaften, Festschrift für Karl Barth, 1971, 325 ff; Peltzer, Anlegerschutz als Aufgabe für den Gesetzgeber, NJW 1976, 1615 (1620); Schneider, Organisation der Gesellschafterversammlung, Festschrift für Philipp Möhring, 271 ff; Schwark, Lücken im Anlegerschutz, ZRP 1973, 7; Wiedemann, Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, BB 1975, 1591 - 1598; Zybon, Die Publikums-Kommanditgesellschaft, BFuP 1973, Heft 7/8, 418 ff; Kohl/Kübler/Walz/Wüstrich, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang, ZHR, Bd. 138, 1 - 49; Schwark, Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, ZGR 1976, 271 ff; Hopt, DJT-Gutachten, 27 ff; Kilius, Abschreibungsprojekte nach bekannten und neuen Modellen, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1973/74, 251 ff; D. Schneider, Sind Steuervergünstigungen günstig? Steuerberaterjahrbuch 1974/75, 391 ff.

schaften durchgearbeitet[1] und es wurde die einschlägige Rechtsprechung und Literatur auf Beispiele hin untersucht, die für eine Inhaltskontrolle in Betracht kommen können. Dabei soll nicht behauptet werden, daß diese Beispiele unbedingt absolut repräsentativ oder typisch sind. Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es durchaus anlegerfreundliche Gesellschaftsverträge gibt, die jeder strengen Inhaltskontrolle standhalten können. Es ist auch zu beobachten, daß in jüngster Zeit hier eine spürbare Verbesserung eingetreten ist. Die Verengung des Markts hat dazu geführt, daß nur noch wenige große Gesellschaften Angebote machen, die eine wesentlich seriösere Vertragsausgestaltung aufweisen als die zahllosen in den Boomjahren auf den Markt geworfenen Projekte[2]. Es kann aber auf jeden Fall gesagt wer-

---

1) Für die relative Zuverlässigkeit mag sprechen, daß Schneider, ZGR 1978, 6, angibt, er habe etwa 50 Gesellschaftsverträge von Publikums-KGs ausgewertet. Er ist dabei offenbar auch immer wieder auf Klauseln gestoßen, wie sie dem Verfasser aufgefallen sind. Dieselben oder ähnliche bedenkliche Klauseln treten in der einen oder anderen Form wieder auf, so daß zwar kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann, wohl aber kann gesagt werden, daß es sich nicht um herausgegriffene Einzelfälle, sondern um für eine Vielzahl repräsentativer Beispiele handelt.

2) Die von Martens (JZ 1976, 514) und Hopt (168, FN 8) geäußerte Skepsis gegenüber dem Anlegerschutz durch Wettbewerb hat sich m. E. als etwas zu pessimistisch erwiesen. In der Wirtschaftspresse werden regelmäßig Beteiligungsangebote vorgestellt und begutachtet. Dabei wird auch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags mitberücksichtigt. Die Zeitschrift "Wirtschaftswoche" hat z. B. in ihr Beurteilungstableau für den juristischen Bereich aufgenommen, ob angemessene Kündigungsfristen eingeräumt sind, die Anteile übertragbar, Abfindungsguthaben mit stillen Reserven ausbezahlt werden, angemessene Kontrolle der Geschäftsführung besteht etc.. Abschließend wird bewertet, ob der "Vertrag grundsätzlich gesellschafterfreundlich" ist. Man kann davon ausgehen, daß durch solche Veröffentlichungen im Zusammenhang mit den vielen Pleiten die Anleger doch motiviert sind, nicht nur auf die Rendite, sondern auch auf einen anlegerfreundlichen Gesellschaftsvertrag zu schauen, ohne daß damit allerdings die grundsätzliche Problematik beseitigt wäre.

den, daß es sich bei den nachfolgenden Beispielen nicht um ausgesuchte Einzelfälle handelt, sondern daß Klauseln in dieser oder einer ähnlichen Form in einer Anzahl von Gesellschaftsverträgen vorkommen, so daß man nicht mit Martens[1] von "typischen Ausnahmefällen" sprechen kann.

---

1) Martens, aaO, 514.

III.

Behandlung von Rechten und Pflichten der Anlagegesellschafter in wichtigen Problembereichen

1) Auskunfts- und Kontrollrechte gegenüber der Geschäftsführung

Die Rechte der Kommanditisten gegenüber dem persönlich haftenden Gesellschafter sind für das gesetzliche Leitbild einer KG in § 164 und § 166 HGB geregelt[1].

a) Auskunftsrechte

Der Kommanditist ist nach § 166 I HGB nur berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit und Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Weitergehende Auskunftsrechte stehen ihm grundsätzlich nicht zu. Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist auch zwischendurch eine Bilanz mitzuteilen oder sonstige Aufklärung zu geben oder Bücher und Papiere vorzulegen.

---

1) Zum Auskunftsanspruch allgemein Ernst, Der Auskunftsanspruch des Kommanditisten, BB 1957, 1047.
In den Fällen, in denen der Anleger die Stellung eines stillen Gesellschafters einnimmt, enthält § 338 HGB eine entsprechende Regelung. Der Mitgesellschafter einer BGB-Gesellschaft nach § 716 BGB hat weitergehende Rechte. Als Anlagegesellschafter ist er jedoch typischerweise von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Obwohl dieses gesetzliche Auskunftsrecht ohnehin eine Minimallösung darstellt, wird bei Massengesellschaften häufig versucht, auch diese noch einzuschränken oder praktisch auszuschließen[1].

Dazu gehören insbesondere Klauseln, die

- den Zeitpunkt der Vorlage der Jahresbilanz möglichst hinausschieben oder unverbindlich lassen ("möglichst binnen sechs Monaten"),

- eine gesetzlich nicht vorgesehene Widerspruchsfrist gegen den Jahresabschluß festlegen ("gilt als genehmigt, wenn nicht binnen Monatsfrist Widerspruch erhoben worden ist"),

- das Kontrollrecht des § 166 I HGB durch das Testat eines Abschlußprüfers als ausgeübt gelten lassen,

- durch unklare und unvollständige Formulierungen nicht erkennen lassen, ob und inwieweit sie vom Inhalt des § 166 HGB abweichen, indem diese z. B. lauten:

  "Die persönlich haftende Gesellschafterin hat den Jahresabschluß möglichst binnen sechs Monaten zu erstellen",

- Auskunfts- und Kontrollrechte a u s s c h l i e ß l i c h auf einen Beirat/Aufsichtsrat übertragen

---

1) Zu den Grenzen der Vertragsfreiheit, Schlegelberger, HGB, Rz. 19 zu § 166 HGB; Baumbach-Duden, Anm. 2 B zu § 166 HGB; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Personengesellschaftsrecht, 1970, 216; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, 214; Immenga, ZGR, 1974, 414; U. H. Schneider, BB 1975, 1353; Menk, Das Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehr im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Hamburg, 1976.

oder zumindest die Möglichkeit für eine solche Übertragung eröffnen,

- durch die Einschaltung eines Treuhandkommanditisten unmittelbare Rechte des Anlegers gegenüber denjenigen, denen er sein Kapital anvertraut hat, überhaupt ausschließen.

Gerade die beiden letzten Gestaltungsformen sind durchaus ambivalent. Sie können sich insbesondere dann als eine entscheidende Schwächung der Gesellschafter herausstellen, wenn Beirat bzw. Treuhänder von der Komplementärin vorbestimmt sind. Quast[1] bezeichnete die Gefahr, daß Stimm- und Kontrollrechte den Kapitalgebern weitgehend entzogen werden, bei Treuhandverhältnissen als wesentlich größer als in einer Konstruktion, in der eine direkte Einflußnahme der Anleger gegeben ist[2].

b) Kontrollrechte

Der Kommanditist ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Das Gesetz räumt ihm nur ein Widerspruchsrecht gegen Handlungen des zur Geschäftsführung befugten persönlich haftenden Gesellschafters ein, wenn diese über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht, § 164 Abs. I HGB. Die h. L. faßt dies als Zustimmungsbedürfnis auf[3].

---

1) Quast, 97.

2) Quast, aaO.

3) RGZ 158, 302; Baumbach-Duden, § 164 HGB, Anm. 1. Zum Kontrollrecht lies Möhring, Die Kontrolle der Gesellschafter, Geld, Kapital, Kredit, 1968. Ders., Geschäftsführungs- und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften, JJB, Bd. 7 (1966/67), 123, 127. Britsch, Die Rechte der Kommanditisten bei der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, Diss. Mainz, 1976.

In den Gesellschaftsverträgen von Massengesellschaften werden Widerspruchs- bzw. Zustimmungsrechte weitgehend ausgeschlossen. Es heißt dort etwa:

> "Die Geschäftsführungsbefugnis ist unbeschränkt und erstreckt sich auf alle Handlungen, die sich aus diesem Vertrag ergeben, also auch auf außerordentliche Geschäfte."

Eine ausgedehnte Geschäftsführungsbefugnis ist in diesen Fällen auch grundsätzlich sachlich gerechtfertigt, da die Anlagegesellschafter faktisch nichts anderes sind als Geldgeber, denen Kenntnisse, Erfahrungen und Interesse fehlen, um bei der Geschäftsführung sinnvoll mitzuwirken. Soweit jedoch Maßnahmen der Geschäftsführung Rückwirkung auf Sicherheit und Rendite ihres Kapitals haben, ist der Ausschluß jeglichen Widerspruchs auch bei allen außerordentlichen Geschäften problematisch.

Vor allem dann, wenn noch hinzukommt, daß die Gründergesellschafter/Geschäftsführer sich im Gesellschaftsvertrag von den Beschränkungen des § 181 BGB und des § 112 HGB (Wettbewerbsverbot) befreien lassen. Welche Möglichkeiten damit diesen eröffnet werden, ihren eigenen geschäftlichen Interessen zu Lasten der Anlagegesellschafter nachzugehen, macht ein von Engel[1)] geschilderter Fall deutlich: Die Gründer der Publikumsgesellschaft veräußerten dieser ein ihnen gehörendes Grundstück; das darauf zu errichtende Gebäude wurde von einer gründereigenen Gesellschaft hergestellt. Eine weitere gründereigene Gesellschaft mietete das Gebäude dann zur Weitervermietung an. Bereits bei der Werbung der Kommanditisten hatten die Gründer über eine eigene Vertriebsgesellschaft Provisionen kassiert.

---

1) Engel, Die Risiken einer Beteiligung an Verlustzuweisungskommanditgesellschaften, Die Wirtschaftsprüfung, 1974, 101 ff.

Oft behält sich die Geschäftsführung auch das Recht vor, die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis auf andere zu übertragen. Den Anlagegesellschaftern wird also zunächst der Verzicht auf ihre Rechte zugemutet, wobei sie dies vielleicht im Vertrauen auf die ihnen bekannte Geschäftsführung tun. Diese uneingeschränkte Rechtsposition kann dann aber auf eine neue Geschäftsführung übertragen werden, die die Anlagegesellschafter nie gesehen haben.

In manchen Fällen werden zwar großzügig Zustimmungsrechte der Gesellschafterversammlung eingeräumt. Dies ist für den Kommanditisten aber nur dann ein Schutz, wenn gewährleistet ist, daß die Gesellschafterversammlung nicht von der Geschäftsführung beherrscht oder maßgeblich beeinflußt werden kann. Die gleiche Einschränkung gilt bei der Übertragung der Zustimmungsrechte auf einen Beirat.

2) Haftungsansprüche gegen Geschäftsführung und Beirat

Angesichts der der Geschäftsführung in den Gesellschaftsverträgen der Publikumspersonengesellschaften regelmäßig eingeräumten Handlungsmacht und des weitgehenden Ausschlusses von Kontrollrechten, können Haftungsansprüche von besonderer Bedeutung sein[1]. Andererseits ist natürlich nicht zu übersehen, daß die von der Geschäftsführung vorzunehmenden Handlungen typisch unternehmerische Entscheidungen mit den damit verbundenen Risiken sind, so daß auch der verantwortungsbewußte Geschäftsführer ein berechtigtes Interesse daran ha-

---

1) Über die Möglichkeiten und Schwierigkeiten der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen überhaupt lies Lenzen, Schadenersatzansprüche betrogener Kommanditisten, BB 1973, 1195 - 97.

ben kann, diese nicht unbeschränkt zu übernehmen. Das unternehmerische Risiko muß von den Gesellschaftern getragen werden, nur dann sind die von ihnen in Anspruch genommenen Steuervergünstigungen gerechtfertigt.

Die geschilderte Interessenlage würde es an sich nahelegen, hinsichtlich der Haftung eine differenzierte Vertragsregelung auszuhandeln, die zwischen dem unternehmerischen Risiko einerseits und schlichten Fehlhandlungen der Geschäftsführung andererseits unterscheiden würde (und u. U. auch die Höhe der Geschäftsführerbezüge mitberücksichtigen). Ganz anders wird jedoch in der Vertragspraxis versucht, Haftungsansprüche entweder ganz auszuschließen oder in folgender Weise zu beschränken:

- Freizeichnung von der Haftung für leichte und grobe Fahrlässigkeit. Wenn Geschäftsführer zugleich Mitgesellschafter sind, müssen sie ohnehin nur für diejenige Sorgfalt einstehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§ 708 BGB)[1].

- Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, soweit es von den Verpflichteten eingebracht wurde oder Beschränkung auf einen von vornherein einseitig festgelegten Betrag.

- Erleichterung der Verjährung durch Verkürzung der Verjährungsfrist (bis zu drei Monaten) und Festlegung eines möglichst frühen Verjährungsbeginns.

- Faktische Erschwerungen der Geltendmachung der Haftungs-

---

1) Mit Urteil vom 4.7.1977 hat der BGH jedoch entschieden, BGHZ (NJW 1977, 2311 ff), daß der Gesellschafter, der die Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds in einer Publikumspersonengesellschaft erlangt hat, sich nicht auf die Haftungsbeschränkung des § 708 BGB berufen kann.

ansprüche durch Beschränkung der Informationsmöglichkeiten[1].

Ein Beispiel für eine solche einem Haftungsausschluß gleichkommende Beschränkung ist folgende einem Verkaufsprospekt entnommene Klausel:

> "Ansprüche gegen die gesetzlichen Vertreter der Geschäftsführerin und/oder deren Gesellschafter und/oder die Mitwirkung des Beirats wegen Verletzung ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten und sonstigen Obliegenheiten verjähren in sechs Monaten. Die Verjährungsfrist für alle Ansprüche, die während eines Kalenderjahres entstanden sind, beginnt mit dem Tag der Vorlage des Jahresabschlusses. Diese Frist gilt auch für eine Anfechtung der Bilanz durch gerichtliche Entscheidung.
>
> Die Haftung der oben Genannten beschränkt sich Gesellschaftern und ehemaligen Gesellschaftern gegenüber auf das in der Gesellschaft angelegte Vermögen der zum Schadenersatz Verpflichteten."

Eine ganz ähnliche Klausel lag auch der Grundsatzentscheidung des BGH vom 14.4.1975 zugrunde[2].

---

1) Schneider, ZGR 1978, 30 ff, ist bei seinen Ermittlungen offenbar auf dieselben immer wiederkehrenden Klauseln gestoßen.

2) BGHZ 64, 238.

3) Gesellschafterversammlungen und Stimmrechte der Gesellschafter

a) Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist in der Regel der einzige organisatorische Zusammenhang für eine Wahrnehmung der Interessen der Gesellschafter. Es ist deshalb von großer Bedeutung, daß die Willensbildungsprozesse in der Gesellschafterversammlung nicht durch unsachliche Beschränkungen behindert werden.

Um zu beurteilen, ob die Gesellschafterversammlung im Gesellschaftsvertrag eine ihrer Funktion gerecht werdende Ausgestaltung gefunden hat, ist insbesondere auf folgende Punkte zu achten:

- In welchen zeitlichen Abständen findet sie statt?
- Wer kann unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form einberufen?
- Wo finden die Versammlungen statt?
- Ist eine Vertretung bei Abwesenheit möglich?
- Ist auch ein schriftliches Beschlußverfahren zulässig und wie ist dieses ausgestaltet?
- Wie sind Stimmrechte und Beschlußfähigkeit geregelt?
- Welche Bestimmungen sind über den Ablauf der Gesellschafterversammlungen getroffen?

Gerade zu diesen Punkten findet man jedoch häufig Klauseln, die darauf angelegt erscheinen, eine Interessenwahrnehmung der Anlagegesellschafter in der und durch die Gesellschafterversammlung zu verhindern[1].

Das beginnt schon damit, daß man den Ort der Versammlung ins Ausland verlegt, was für viele Interessenten eine Teilnahme von vornherein ausschließt. Der Ausschluß der Möglichkeit der Vertretung fällt auch bei einem Tagungsort im Inland ins Gewicht, da von Hunderten oder von Tausenden von Anlegern nicht alle Zeit und Geld haben, zu einem bestimmten Termin an irgendeinem beliebigen Ort in der Bundesrepublik zu sein. Vor allem dann nicht, wenn die Versammlungen auch noch sehr kurzfristig einberufen werden können. Wenn hier dann nicht wenigstens die Möglichkeit einer schriftlichen Abstimmung eingeräumt ist, können sich von vornherein zahlreiche Gesellschafter nicht an der Beschlußfassung beteiligen[2].

Andererseits kann das Instrument schriftlicher Beschlußfassungen bei einer bestimmten Ausgestaltung eine besondere Gefahrenquelle darstellen, wie die folgenden Beispiele zeigen:

---

1) Zu Einzelheiten der Gesellschafterversammlung lies Schneider/Schneider, Die Organisation der Gesellschafterversammlung bei Personengesellschaften, Festschrift für Möhring, 271 ff.

2) Eine ähnliche Beschränkungswirkung haben häufig anzutreffende Klauseln, die bezüglich der Ladung bestimmen: "Für die Ladung genügt die Absendung an die letzte bekannte Adresse des Gesellschafters." Beispiel aus Schneider, ZGR 1978, 21. Ferner Klauseln, die bestimmen, daß auch Verhandlungsgegenstände, die nicht auf der Tagesordnung stehen, einer Beschlußfassung mit den anwesenden Stimmen unterworfen werden können, Schneider, aaO, 23.

"Die persönlich haftende Gesellschafterin kann eine Beschlußfassung auf schriftlichem Weg herbeiführen, indem sie die Gesellschafter schriftlich zur Abstimmung auffordert. Die Stimmabgabe der Gesellschafter hat innerhalb von 21 Tagen nach Postaufgabe der Aufforderung zur Abstimmung zu erfolgen. Soweit eine Stimmabgabe nicht oder nicht fristgerecht erfolgt, gilt diese als Enthaltung."

Oder

"Gesellschaftsbeschlüsse können auch schriftlich gefaßt werden. Bei schriftlicher Beschlußfassung gelten Anträge als angenommen, wenn bis zum Ablauf der Frist von zwei Wochen (Poststempel) eine einfache Mehrheit des stimmberechtigten Kapitals schriftlich oder telegrafisch zugestimmt hat; hierbei gilt Nichtbeantwortung als Zustimmung."

Dabei ist in diesen Fällen noch nicht einmal vorgesehen, daß die Geschäftsführung bzw. die persönlich haftende Gesellschafterin verpflichtet ist, ihre Anträge im einzelnen zu begründen und die notwendigen Informationen zu geben. Es wird hier offenbar darauf spekuliert, daß innerhalb der gesetzten Frist viele Gesellschafter nicht antworten, was dann entsprechend diesen Klauseln als Zustimmung gilt[1].

b) Stimmrechte

Wesentlichen Einfluß auf das Abstimmungsergebnis hat es natürlich auch, wenn der persönlich haftenden Gesellschafterin von vornherein eine bestimmte Anzahl von Stimmen zugesprochen wird. So kommen Fälle vor, wo diese von vornherein z. B. 40 Stimmen erhält, ohne daß sie selbst eine Einlage geleistet

---

1) Diese Bedenken teilt Schneider, ZGR 1978, 24 ff.

hat[1]. Wenn dann bei Klauseln der unter lit. a) zitierten Art die einfache Mehrheit des stimmberechtigten Kapitals für die Beschlußfassung ausreicht, kann es zu wirksamen Beschlußfassungen entsprechend dem Vorschlag der Geschäftsführung kommen, ohne daß tatsächlich ein einziger Anlagegesellschafter seine Zustimmung erklärt hat. Damit ist dann auch noch die Gesellschafterversammlung zum Instrument der Geschäftsführung geworden[2] [3].

4) Nachschußpflichten, Kapitalerhöhungen und Aufnahme neuer Gesellschafter

Da die Anlagegesellschafter nicht Unternehmer im eigentlichen Sinn sein wollen, sondern nur ein bestimmtes Kapital anlegen, haben sie größtes Interesse daran, über die einmal geleistet Einlage hinaus nicht weiter zu haften. Diesem Interesse, das zu den wenigen gehört, das von fast allen Anlegern erkannt und artikuliert wird, wird in aller Regel dadurch Rechnung getragen, daß in die Gesellschaftsverträge eine Regelung aufgenommen wird, die etwa lautet:

> "Die Kommanditisten haften nur bis zur Höhe ihrer Kommanditanteile; eine Nachschußpflicht besteht nicht."

---

1) Quast, 95, berichtet im selben Sinn, daß die Stimmrechte dadurch weitgehend beseitigt werden, daß Komplementäre, die kapitalmäßig beteiligt sind, sich noch zusätzlich Stimmen festlegen, die oft über 25 % liegen.

2) Dazu rechnen auch gesellschaftsvertragliche Bevollmächtigungen des Komplementärs zur Stimmabgabe, Schneider, ZGR 1978, 24.

3) Zum Stimmrecht allgemein lies Küster, Inhalt und Grenzen des Rechts der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, 1954.

Dies ist schon deshalb eine Irreführung, weil faktisch "jegliche" Nachschußpflicht nie ganz ausgeschlossen werden kann[1]. Darüber hinaus enthalten aber Gesellschaftsverträge versteckte Nachschußpflichten wie etwa folgende:

> "Die Mitgesellschafter sind verpflichtet, erforderlichenfalls die von den Hypothekenbanken und sonstigen Finanzierungsinstituten und Behörden im Zusammenhang mit der Gewährung von Baudarlehen und Hypotheken gemachten Auflagen zu erfüllen."2)

Es liegt auf der Hand, daß ein Laie normalerweise nicht daran denkt, daß zu diesen "gemachten Auflagen" eben die gehören kann, das Kapital zu erhöhen. Durch eine solche Klausel hat sich der Anleger verpflichtet, "erforderlichenfalls" praktisch unbegrenzt weiteres Kapital zur Verfügung zu stellen.

Auch wenn solche Klauseln nicht vorhanden sind, ist folgendes zu beachten:

Nach § 707 BGB kann ein Beschluß über eine Kapitalerhöhung nur einstimmig erfolgen. Dies ist jedoch abdingbar, ein Mehrheitsbeschluß ist möglich[3]. Dabei muß nach der Rechtsprechung dies nicht einmal ausdrücklich im Vertrag geregelt sein, es muß nur aus dem Gesellschaftsvertrag mit hin-

---

1) Siehe etwa den Fall des § 176 HGB, vgl. dazu im einzelnen Klamroth, Erweitertes Haftungsrisiko der Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, BB 1972, 428 ff; Heinze/Gerhard/Rieker, Unbeschränkt haftende Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, NJW 1972, 472 ff; Beyerle, Unbeschränkte Haftung der Kommanditisten gem. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB, DB 1973, 557 ff; ders., Der unbeschränkt haftende Kommanditist, 1976; Schmidt, Haftungsprobleme der "bürgerlichrechtlichen Kommanditgesellschaft", DB 1973, 653 ff und 703 ff. Ferner hierzu Quast, 86 ff.

2) Vgl. Engel, aaO, 103, FN 9.

3) BGHZ 8, 35, 39.

reichender Deutlichkeit zu ermitteln sein, daß hier ein Mehrheitsbeschluß dem wahren Willen der Vertragsparteien entspricht[1]. Hier wird also genau auf Formulierungen zu achten sein, die als Hinweis auf einen solchen Willen zu deuten sein könnten. Bedenklicherweise hat der BGH weiter entschieden, daß bei im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Möglichkeiten der Kapitalerhöhungen gerade bei Massengesellschaften keine Obergrenze festgelegt sein müsse[2].

Eine scheinbar nur begrenzte Nachschußpflicht enthält auch folgende Klausel:

> "Falls die Mehrheit der Gesellschafter eine Erhöhung der Einlagen beschließt, verpflichten sich sämtliche Kommanditisten, ihre Kommanditanteile zu erhöhen. Als Erhöhung kann höchstens ein Betrag von 20 % der Einlage verlangt werden. Verlangt ein Kreditinstitut die Erhöhung der Kommanditeinlage, so ist ein Gesellschaftsbeschluß nicht erforderlich."

Auf den ersten Blick für den Gesellschafter weniger gefährlich scheint die Kapitalbeschaffung durch die Aufnahme weiterer Gesellschafter. Diese wird in aller Regel durch ähnliche Klauseln wie die folgende ermöglicht:

> "Die persönlich haftende Gesellschafterin ist berechtigt, eine Erhöhung des Gesellschaftskapitals durch Aufnahme weiterer Kommanditisten in die Gesellschaft vorzunehmen, und zwar jeweils zugleich in Vollmacht für alle übrigen Gesellschafter."

Der BGH hat eine solche Konstruktion grundsätzlich für dogmatisch unbedenklich gehalten[3]. Man muß sich jedoch

---

1) BGH, aaO.
2) DB 1976, 953 = NJW 76, 958; Wiedemann, ZGR 1977, aaO.
3) BB 1976. 154.

klar machen, was eine solche Ermächtigung für die Mitgesellschafter bedeutet: Sie erfahren überhaupt nichts von der Erweiterung der Gesellschaft. Sie haben keinen Einfluß darauf, wer in die Gesellschaft aufgenommen wird. Es kann sich z. B. um Strohmänner oder um den Gründern nahestehenden Personen handeln. Ihre Stimmacht wird dadurch unkontrolliert verringert. Die persönlich haftende Gesellschafterin erhält dadurch die Möglichkeit, durch die Aufnahme ihr nahestehender Gesellschafter oder Strohmänner von ihr gewünschte Mehrheiten herbeizuführe, vor allem dann, wenn nicht einmal eine Obergrenze für das aufzunehmende Kapital festgelegt ist.

Ergebnisverteilung und das künftige Auseinandersetzungsguthaben werden beeinflußt.

5) Beirat und Treuhänder

a) Der Beirat

Der Beirat ("Ausschuß", "Aufsichtsrat") kann in einer Publikumspersonengesellschaft ein wichtiges Organ sein[1]. Wie bei der AG der Aufsichtsrat die Verbindung zwischen Aktionären und Vorstand darstellt, kann ein Beirat mithelfen, die Nachteile der strikten Trennung von Anlagegesellschaftern und Geschäftsführung zu beseitigen. Gerade die Ausgestaltung der Stellung des Beirats erlaubt eine Ausbalancierung der Interessen beider Gruppen.

Der Beirat ist für die Anlagegesellschaft wichtig, weil er Auskunfts-, Kontroll-, Prüfungs-, Zustimmungsrechte viel

---

1) Zur Zulässigkeit eines Beirats bei Personengesellschaften vgl. BGH vom 23.10.1967, DB 1968, 257.

effektiver ausüben kann als dies der einzelne Kommanditist tun könnte.

Auch für die Geschäftsführung kann ein Beirat Vorteile haben. Für diese ist es viel effektiver, sich nur mit den wenigen Mitgliedern eines Beirats auseinandersetzen zu müssen als mit vielen einzelnen Kommanditisten. Eine Bindung wichtiger Geschäfte an die Zustimmung des Beirats statt der schwerfälligen Gesellschafterversammlung macht erst ein wirtschaftliches Handeln unter Wahrung der Rechte der Gesellschafter möglich.

Wäre also der Beirat an sich ein geeignetes Instrument des Interessenausgleichs, wird er stattdessen bei einseitig formulierten Gesellschaftsverträgen häufig dazu mißbraucht, unter dem Anschein der Wahrung der Rechte des Anlegers diese vollends zu beseitigen[1].

So heißt es z. B.:

> "Der Beirat nimmt die Kontrollrechte der Kommanditisten gemäß § 166 BGB wahr und hat das a u s s c h l i e ß l i c h e Recht, jederzeit die Bücher und Geschäftspapiere der Gesellschaft einzusehen und alle erforderlich erscheinenden Erklärungen zu verlangen."

Oder man findet im Abschnitt "Aufgaben der Beirats" im Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft die Formulierung:

> "Der Beirat hat die Aufgabe ..... 3. das Nachprüfungsrecht des einzelnen Gesellschafters (§ 716 BGB), das jeder Gesellschafter auf den Beirat überträgt."

---

1) Zu den möglichen Funktionen des Beirats und seiner Haftung vgl. Schneider, Die Haftung von Mitgliedern des Beirates einer Personengesellschaft, DB 1973, 953; Möhring, Geschäftsführungs- und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften, JJB, Bd. 7 (1966/67), 123, 127; vgl. auch Schneider/Schneider, ZGR 1972, 52 ff. Ferner: Wiedemann, Verbandssouveränität und Außeneinfluß, Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft, Festschrift Schilling, 1973, 105 ff; Rutenfranz, Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, 238 ff.

Der eigentliche Zweck und die Gefährlichkeit solcher Klauseln, die dem Gesellschafter keine eigenen Rechte mehr gegenüber der Geschäftsführung lassen, wird deutlich, wenn es dann noch heißt, daß einzelne Mitglieder oder auch der ganze Beirat vom persönlich haftenden Gesellschafter bestellt werden. Wenn ferner dieser bzw. die Geschäftsführung das Recht hat, an den Sitzungen des Beirats teilzunehmen und dessen Vergütung zu bestimmen. Abgerundet wird die Regelung über den Beirat durch eine Haftungsbeschränkung, wie sie bereits zitiert wurde[1].

b) Treuhänder

Ähnliche Probleme wie beim Beirat tauchen auf, wenn zwischen die Gesellschaft und die Kapitalanleger ein Treuhänder geschaltet wird. Der Treuhänder wird dabei Kommanditist und leistet die Einlage aus den ihm von den Treugebern gezahlten Beträgen. Rechtlich bestehen dann Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Treuhänder einerseits und diesem und den Anlegern andererseits. Untereinander bilden die Treugeber eine BGB-Gesellschaft, deren alleiniger Zweck es ist, gemeinschaftlich die Interessen gegen den Treuhänder wahrzunehmen; oder es bestehen parallele Geschäftsbesorgungsverträge. Die Gefahr liegt aber hier gerade darin, daß durch diese Zwischenschaltung eines Treuhänders unmittelbare Rechte der Anleger gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen sind, obwohl die Gesellschaft über das von den Anlegern zur Verfügung gestellte Kapital bestimmt. Es ist aber auch möglich, daß im Innenverhältnis den Treugebern Kontroll- und Anweisungsrechte eingeräumt werden.[2]

---

1) Vgl. oben, S. 53.

2) BGHZ 10, 44 = NJW 53, 1548, vgl. auch NJW 77,718.

In vielen Fällen muß jedoch bezweifelt werden, ob die Einschaltung eines Treuhänders sachliche Gründe hat[1] oder ob sie nur dazu dient, eine Rechtsverkürzung der Anleger herbeizuführen.

Verneint man dies, hängt die Stellung der Anleger allein von der Vertrauenswürdigkeit des Treuhänders und den vertraglichen Beziehung zu diesem ab. Diese kommen oft einer völligen Rechtlosstellung des Treugebers gleich. Dafür ein Beispiel:

> "Der Treuhänder hat die Beteiligungsrechte nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen zu verwalten. Der Treugeber bevollmächtigt den Treuhänder unwiderruflich, für ihn alle Erklärungen abzugeben und in Empfang zu nehmen, die im Zusammenhagn mit dem stillen Gesellschaftsverhältnis und diesem Treuhandverhältnis stehen. Der Treuhänder ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit."

Wenn es sich bei dem "Treuhänder" wie im vorliegenden Fall um den Rechtsanwalt handelt, der für die Gesellschaft die ganze vertragliche Konstruktion entworfen hat, ist leicht abzuschätzen, wessen Interesse die Einschaltung eines Treuhänders dienen soll.[2]

---

1) Als solche lassen sich denken: Der Anleger möchte nach außen nicht in Erscheinung treten, insbesondere nicht ins Handelsregister eingetragen werden; Kostenersparnis und Effektivität, wenn es sich um viele Anleger mit kleinen Beteiligungen handelt; bessere Interessenwahrung durch einen neutralen fachkundigen Treuhänder.

2) Zur Treuhand an Gesellschaftsanteilen allgemein, lies Beuthien, Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26, 75 ff. Erman, Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der KG, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, 1965, 277.

6) Kündigungsrecht

Beteiligungen an Publikumspersonengesellschaften sind entweder schwer oder gar nicht fungibel. Dies kann schon darauf beruhen, daß eine Übertragung des Anteils im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder zustimmungsbedürftig ist[1]. Praktisch kommt eine Übertragung schon oft deshalb nicht in Betracht, weil die Steuervergünstigungen an persönliche Voraussetzungen geknüpft sind. Wegen dieser fehlenden Fungibilität ist ein Kündigungsrecht besonders wichtig, denn nur durch die Kündigung kann dann ein Abfindungsanspruch ausgelöst werden und somit der Wert der Anlage realisiert werden. Hinzu kommt, daß die Kündigung im Gesellschaftsrecht wegen der dort ausgeschlossenen Anfechtungsmöglichkeiten nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft[2] auch beim Vorliegen von Willensmängeln die einzige Möglichkeit ist, sich von der Gesellschaft wieder zu lösen. Schneider[3] weist ferner zu Recht darauf hin, daß die auf einen langen Zeitraum ausgeschlossene Kündigungsmöglichkeit bei einer PPG dazu führt, daß die Geschäftsleitung während dieser Zeit nicht ausgewechselt werden kann.

Andererseits besteht aber ein anerkennenswertes Interesse nicht nur der Geschäftsführung, sondern vor allem auch der

---

1) Der völlige Ausschluß der Übertragbarkeit beseitigt für den Anleger eine der wenigen Möglichkeiten, nicht nur zu einer Steuerstundung, sondern zu einem endgültigen Steuervorteil zu kommen: Er verschenkt die Beteiligung an einen niedrig besteuerten Familienangehörigen. Dabei kommt zunächst der anfängliche Verlust dem hochversteuerten Erstanleger zugute, die steuerpflichtigen späteren Erträge werden dann dem beschenkten niedrig besteuerten Kind zugerechnet.

2) Vgl. zur Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts BGHZ 23, 10 (15).

3) ZGR 1978, 34.

anderen Gesellschafter daran, daß der Gesellschaft nicht durch einen raschen ungeregelten Kapitalabfluß die notwendige Finanzierungsgrundlage entzogen und damit die Gesellschaft in ihrer Existenz bedroht wird.

Es ist deshalb im Einzelfall genau zu prüfen, inwieweit ein längerer Kündigungsausschluß aus diesem Gesichtspunkt sachlich gerechtfertigt ist[1].

In den Gesellschaftsverträgen ist ein Kündigungsausschluß von mindestens fünf bis zehn Jahren die Regel. Es gibt aber auch Fälle, in denen eine Kündigung der Kommanditanteile frühestens nach 10, 20 oder 30 Jahren nach Aufnahme des Geschäftsbetriebes möglich ist.

Neben einem überlangen Ausschluß des Kündigungsrechts überhaupt, wird aber die Kündigung noch dadurch faktisch erschwert, daß die Abfindungsansprüche stark beschränkt werden und hinsichtlich der Rückzahlung unbestimmte und/oder weit hinausgeschobene Termine festgelegt sind[2] [3].

---

1) Vgl. unten, S. 112.
Ferner Quast, 92 ff; Schneider, ZGR 1978, 33.

2) Vgl. zum Kündigungsausschluß:
Andörfer, Ausschluß und Beschränkung des Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, Diss. Köln, 1967.
Barz, Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personengesellschaften, MDR 1973, 835; Nitschke, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft 1970, 357 ff.
Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, 281 ff.

3) Siehe unten, Ziff. 7).

7) Ansprüche eines ausgeschiedenen Gesellschafters

Eine möglichst jederzeitige Verfügbarkeit (Liquidität) der Anlage ist für jeden Kapitalanleger ein wichtiger Gesichtspunkt für seine Anlageentscheidung. Hier weist die Beteiligung an einer Massengesellschaft erhebliche Nachteile auf, die mit der Natur der Rechtsstellung eines Mitgesellschafters in einer Personengesellschaft zusammenhängen.

Häufig sind die Anteile überhaupt nicht übertragbar oder nur mit Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters. Auf den langfristigen Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit wurde schon hingewiesen[1]. Soweit mit der Anlage von persönlichen Voraussetzungen abhängige steuerliche Vorteile verbunden sind, fehlt ohnehin ein Sekundärmarkt.

Ein Ausscheiden aus der Gesellschaft kann durch eine unbillige Regelung bezüglich des Abfindungsanspruchs zusätzlich erschwert werden, wie das folgende Beispiel zeigt:

> "Das Guthaben eines vor der Beendigung der Gesellschaft ausscheidenden Kommanditisten entspricht dem Wert, der auf seinem Kapitalkonto verbuchten Kommanditeinlagen, höchstens jedoch dem Verkehrswert. Ein etwaiger Geschäftswert bleibt unberücksichtigt. Die Rückzahlung des Geschäftsanteils erfolgt, sofern es die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zuläßt, in zwei gleichen Jahresraten. Wird die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft durch die fristgerechte Auszahlung von Auseinandersetzungsguthaben nach Ansicht der Geschäftsleitung gefährdet, so kann der Beirat die Auszahlungsfristen angemessen verlängern. Sicherstellung kann nicht verlangt werden."

---

1) Siehe oben, Ziff. 6).

Beim Abfindungsanspruch findet also weder eine Beteiligung an den stillen Reserven noch am Firmenwert statt. Dies, obwohl hier die Kündigung frühestens nach fünf Jahren möglich war, der Kommanditist also für einen verhältnismäßig langen Zeitraum sein Kapital zur Verfügung gestellt hat, um den bestehenden Firmenwert mitzuerarbeiten. Durch die Beschränkung auf den Verkehrswert andererseits wird nicht einmal die Rückzahlung des eingebrachten Kapitals garantiert. Der Auszahlungsmodus wird faktisch in das Belieben der Geschäftsführung gestellt[1].

Solche Klauseln verfolgen den an sich legitimen Zweck, plötzliche größere Kapitalabflüsse zu verhindern, also die Gesellschaft und damit die anderen Mitgesellschafter zu schützen. Sie lassen jedoch in einer solchen Form die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters völlig außer Betracht. Daß diese ebenfalls angemessen berücksichtigt werden können, zeigen etwas differenziertere Klauseln, wie etwa die folgende:

> "Ein etwaiges Guthaben des ausscheidenden Gesellschafters wird aufgrund einer Auseinandersetzungsbilanz ermittelt, in die unter Auflösung der stillen Reserven die Verkehrswerte einzusetzen sind. Ein ideeller Geschäftswert wird nicht berücksichtigt.
>
> Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens erfolgt in fünf gleichen Jahresraten. Das Auszahlungsguthaben wird mit 1 % über dem Bundesbankdiskontsatz verzinst."2)

---

1) Quast, 99, weist zu Recht darauf hin, daß bei einem Ausschluß der Gesellschafter von den stillen Reserven regelmäßig die Mitunternehmereigenschaft verneint werden muß.

2) Allgemein zum Problem der Ausgestaltung wurden Abfindungsklauseln. Lies Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973; Heyse, Grenzen der Buchwertabfindung, Festschrift Schiedermair, 1976, 271 ff; Erman, Einige Fragen zur gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der Abfindung des willentlich aus einer Personenhandelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, Festschrift für Harry Westermann, 1974, 75 ff.

8) Sonstiges

Neben diesen für die Rechtsstellung der Gesellschafter zentralen Regelungsbereichen wird noch in zahlreichen weiteren Einzelpunkten erkennbar, wie hier die bei einer Seite liegende Gestaltungsmacht zu einer unangemessenen Interessendurchsetzung ausgenutzt wird[1].

Dies gilt insbesondere für die Regelung der "Bezüge" der Geschäftsführer, Prokuristen, Beiräte, Komplementäre etc.. Diese können etwa in folgender Weise geregelt sein:

> "Die Komplementärin erhält alle vertretbaren und normalerweise üblichen Kosten, die ihr bei der Geschäftsführung und bei der Vertretung der Gesellschaft entstehen, sowie alle von ihr im Interesse der Gesellschaft gemachten Aufwendungen ersetzt. Zum Ausgleich des Haftungsrisikos erhält sie eine feste Vergütung in Höhe von 6 % ihres Stammkapitals.
>
> Die persönlich haftende Gesellschafterin sowie ihre Prokuristen erhalten alle in Ausübung ihrer Geschäftsführung gemachten Aufwendungen in vollem Umfang ersetzt, hierzu gehören neben den Sachaufwendugen die Geschäftsführungs- und Prokuristenvergütungen."

---

1) Dazu noch weitere Beispiele bei Schneider, ZGR 1978, 16 ff. Gefährlich ist insbesondere auch die regelmäßige Befreiung der Geschäftsführung von den Beschränkungen des § 181 BGB.
Ebenso problematisch ist die Befreiung des persönlich haftenden Gesellschafters vom Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. Dadurch wird ermöglicht, daß die Komplementärin mit eigenen oder abhängigen Gesellschaftern undurchsichtige Geschäfte zu Lasten der Anlager tätigen kann.

Beispiel für Vertragsstrafeversprechung und ausgedehnte Zurückbehaltungsrechte bei Schneider, 32.

Solche Klauseln begründen maßlose Vergütungsansprüche, die in der Praxis schon häufig dann zum finanziellen Zusammenbruch einer solchen Gesellschaft geführt haben.

Die Vergütung des Haftungsrisikos der Komplementärin (oft ein vermögensloser Strohmann) schließt ein eigenes Risiko aus, ebenso die festen Vergütungen für die Geschäftsführung. Ein Risiko tragen also nur die Kommanditisten.

9) Zusammenfassung

Die dargestellten Fälle lassen sich zu einem Katalog von Beispielen dafür zusammenfassen, welche in der Praxis anzutreffenden gesellschaftsvertraglichen Klauseln typischerweise überhaupt in Betracht kommen können. Dies sind insbesondere Klauseln, die wegen ihres unausgewogenen Inhalts einer Inhaltskontrolle unterworfen werden. Also Klauseln, die

a) die Informations-, Prüfungs- und Kontrollrechte der Anlagegesellschafter ausschließen oder beschränken,

b) die Haftungsansprüche der Gesellschafter gegen Geschäftsführung und/oder Beirat ausschließen oder beschränken,

c) eine freie Willensbildung der Anleger in der Gesellschafterversammlung unsachlich behindern,

d) die Anleger in für diese nicht erkennbarer Weise verpflichten, der Gesellschaft weiteres Kapital zuzuführen,

e) die geschäftsführende Gesellschafterin ermächtigen, unkontrolliert weitere Gesellschafter aufzunehmen,

f) eine Abhängigkeit des Beirats bzw. Treuhänders von der Geschäftsführung und/oder der persönlich haftenden Gesellschafterin herbeiführen,

g) das ordentliche Kündigungsrecht der Gesellschafter auf einen längeren Zeitraum ausschließen,

h) die Übertragung oder sonstige Verfügung über die Beteiligung ganz ausschließen oder an die in das Belieben der Geschäftsführung gestellte Zustimmung derselben stellen,

i) den Abfindungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters auf den Buchwert beschränken und die Auszahlungstermine weit hinausschieben u. a. m..

3. Teil

Die Inhaltskontrolle als Instrument der Verbesserung der Rechtsstellung des Anlagegesellschafters

I.

Der Gesellschaftsvertrag als Ansatzpunkt

Bereits in der Einleitung (Ziff. 3) wurde dargestellt, aus welchen Gründen und mit welchen Grenzen die Rechtsstellung des Anlagegesellschafters durch einen Ansatz im Recht der Personengesellschaft, insbesondere beim Gesellschaftsvertrag, verbessert werden kann. Aus der Sicht des Gesellschafters geht es darum, die verschiedenen denkbaren rechtlichen Instrumente daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie es ihm ermöglichen können, Regelungen des Gesellschaftsvertrags, die ihn ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen, zu korrigieren. Sei es, daß ihm durch diese Korrektur Rechte gewährt werden, die der Gesellschaftsvertrag ihm vorenthält, sei es, daß Pflichten und Beschränkungen beseitigt werden können, die gesellschaftsrechtliche Regelungen ihm auferlegen.

Hierfür kommen grundsätzlich folgende Instrumente in Betracht, die ganz allgemein bei der Individualgesellschaft

verwendet werden können, aber ebenso für die Massengesellschaft in Betracht kommen:

1. Auslegung, insbesondere ergänzende Vertragsauslegung.

2. Analoge Anwendung von Rechtsvorschriften aus anderen Normbereichen.

3. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB).

4. Anfechtung, insbesondere wegen arglistiger Täuschung.

5. Unwirksamkeit von Regelungen, die den unabdingbaren Kernbereich von Gesellschafterrechten antasten[1].

Alle diese Rechtsfiguren haben einen exakt abgenzbaren und dogmatisch fixierbaren Anwendungsbereich. Auch wenn in Literatur und Rechtsprechung hier etwas großzügig formuliert wird - oftmals werden Inhaltskontrolle, ergänzende Vertragsauslegung, Beschränkung der Vertragsfreiheit einfach als Schlagworte aneinandergereiht und es wird darauf ein bestimmtes Ergebnis gestützt - sind diese Begriffe keineswegs austauschbar. Es ist deshalb erforderlich, diese in ihrem systematischen Zusammenhang zu definieren. Danach wird man erkennen können, welche Probleme des gesellschaftlichen Anlegerschutzes man damit lösen kann und welche nicht. Die verbleibenden Lücken werden zeigen, inwieweit noch Raum und Notwendigkeit für eine richterliche Inhaltskontrolle vorhanden ist.

---

1) Schneider, ZGR 1978, 8, nennt noch die Ausübungskontrolle, der die Ausübung einzelner Rechte unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten unterworfen werden kann.
Dazu auch Westermann, AcP 1975, 414 ff.

II.

Andere Korrekturmöglichkeiten

1) Auslegung, insbesondere ergänzende Vertragsauslegung

Ergänzende Auslegung setzt begrifflich voraus, daß bereits eine lückenhafte Regelung vorliegt und die Lücke durch Feststellung des wirklich gewollten Vertragsinhalts zu diesem Punkt geschlossen wird. Es wird die Frage gestellt: Was hätten die Parteien vereinbart, wenn sie an einen nicht geregelten Punkt gedacht hätten, wie hätten sie diesen bei vernünftiger Interessenabwägung billigerweise geregelt[1].

Auch bei Gesellschaftsverträgen kann eine ergänzende Vertragsauslegung durchaus in Betracht kommen[2]. Bei Verträgen von Massengesellschaften kann sie als Instrument der Verbesserung der Rechtsstellung des Anlagegesellschafters insoweit herangezogen werden, als man durch ergänzende Auslegung dem Gesellschafter Rechte einräumen kann, die er zumindest nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesellschaftsvertrages nicht hat und nach dem Willen desjenigen, der den Inhalt des Vertrags einseitig festgelegt hat, wohl auch nicht haben sollte.

---

1) BGHZ 9, 277 = LM (D) Nr. 1 und 2.

2) Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen lies Fischer, HGB Großkommentar, 3. Aufl. 1973, Anm. 59 zu § 105 HGB; Coing, Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften, ZGR 1978, 659 ff.

Ein solches Beispiel bringt die Entscheidung des BGH[1], die einem Gesellschafter, der durch eine arglistige Täuschung zum Beitritt in eine Gesellschaft bewogen worden war, ein Recht auf fristlose Kündigung gibt, obwohl der Gesellschaftsvertrag überhaupt kein Kündigungsrecht vorsah. Der BGH begründet dies damit, daß es bei Berücksichtigung aller beteiligten Interessen die allein sachgerechte und dem vermutlichen Willen der Gesellschafter entsprechende Lösung sei.

Die Auslegung setzt also in der Weise an, daß dort, wo dem Anlagegesellschafter Rechte gewährt sind, diese extensiv interpretiert werden und dort, wo ihm Rechte genommen werden, eine restriktive Auslegung stattfindet. Auch wenn der BGH dies in seiner Rechtsprechung nicht ausdrücklich ausspricht, legt er bei seiner Auslegung den Maßstab des § 242 BGB an, wenn er z. B. ein Recht zur fristlosen Kündigung deshalb einräumt, weil ihm dies "bei Berücksichtigung aller beteiligten Interessen ..... als die allein sachgerechte Lösung erscheint"[2].

Enthält ein Gesellschaftsvertrag jedoch ausdrücklich und in seinem Wortlaut völlig eindeutige Klauseln, die den Anlagegesellschaftern gesetzlich vorgesehene (abdingbare) Rechte nehmen oder beschränken oder ihnen Verpflichtungen auferlegen, kann (auch) die (ergänzende) Auslegung nicht helfen. Dann kann jedoch geprüft werden, ob nicht durch eine vorzunehmende richterliche Inhaltskontrolle die "allein sachgerechte" Lösung darin bestehen kann, eine solche Klausel für unwirksam zu erklären.

---

1) BGH NJW 1973, 1604 = LM § 132 HGB Nr. 3, fortgesetzt und erweitert in BGHZ 63, 338 (345 ff).

2) BGHZ 63, 338, 345.

2) Analogie

Der BGH hat seine Grundsatzentscheidung[1] letztlich auf eine eigenständige Überprüfung der fraglichen Klauseln am Maßstab von Treu und Glauben gestützt. Er hat jedoch hinsichtlich der Verjährungsfrage zusätzlich als Vergleichsmaßstab auf die Vorschriften des Aktienrechts (§§ 93, VI, 116) sowie des GmbH- und Genossenschaftsrechts (§ 52 III GmbHGesetz, § 41 i. V. mit § 34 II GenG) verwiesen. Es ist deshalb zu überprüfen, welche Bedeutung den Vorschriften des Rechts der Kapitalgesellschaften als ergänzend oder lückenfüllend für das Recht der Personengesellschaften zukommen kann.

Schon bei den Vorschlägen zu einer gesetzlichen Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften unter Berücksichtigung der neuen Form der Massengesellschaft wurden bereits die Vorschriften des Aktienrechts und der GmbH von einigen Autoren als Vorbilder herangezogen[2]. Es mußten jedoch insoweit Bedenken angemeldet werden, als hier die Gefahr besteht, die vom Gesetzgeber getroffene Grundentscheidung der Typendifferenzierung zu verwischen. Der gleiche Gesichtspunkt spricht nun auch dagegen, im technischen Sinn Analogie zu betreiben. Denn das Recht der Personengesellschaften und das Recht der Kapitalgesellschaften wurden im bewußten Gegensatz geschaffen. Was bei der einen Rechtsform gelten sollte, sollte für die andere gerade nicht gelten. Damit liegen zumindest in den grundsätzlichen Fragen die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vor. Andererseits liegt es aber nahe, daß dann, wenn bei einer kapitalistisch organisierten Personengesellschaft

---

1) BGHZ 64, 238.

2) So z. B. Zybon, Die Publikums-Kommanditgesellschaft, BFuP 1973, 418 ff.

eine Konstellation auftritt, wie sie bei der Kapitalgesellschaft typisch und deshalb ausdrücklich geregelt ist, die dort getroffene Regelung zur Lösung des Konflikts mit herangezogen wird. Dies kann zwar nicht im Rahmen einer direkten Analogie erfolgen, wohl aber kann im Rahmen der Inhaltskontrolle eine entsprechende Regelung als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, ob für eine bestimmte Interessenlage eine gesellschaftsvertraglich getroffene Regelung angemessen ist oder nicht. Dies entspricht auch der vom BGH in der Entscheidung vom 4.7.1977[1)] gemachten Ausführungen. Nach dieser Entscheidung sind die Mitglieder des "Verwaltungsrats" einer Kommanditgesellschaft in entsprechender Anwendung der für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften §§ 116, 93 AktG unterworfen. Der BGH stellt dazu fest, daß zwar "keine sklavische Übernahme der aktienrechtlichen Vorschriften" in Betracht komme. Wohl aber entspreche es der ähnlichen Interessenlage bei einer solchen Massengesellschaft, die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung in ähnlicher Weise auszugestalten und an die Gesellschaftsorgane, die dem Aufsichtsrat der AG entsprechen, ähnliche Anforderungen zu stellen, wie sie das AktG zum Schutze der Aktionäre festlege.

Der BGH zeigt also auch in dieser Entscheidung auf, nach welcher Methode bei der Festlegung von Maßstäben für die Inhaltskontrolle im Einzelfall vorgegangen werden kann.

---

1) NJW 1977, 2311 ff.

3) Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

Die Vorschrift gehört zu jenen, die von vornherein die Vertragsfreiheit - auch im Gesellschaftsrecht - beschränken. Eine Inhaltskontrolle im technischen Sinn kann jedoch nicht auf § 138 BGB gestützt werden. Beide Institute haben vielmehr einen besonderen Anwendungsbereich, der eine exakte Abgrenzung erforderlich macht.

Gemeinsam ist beiden Instituten, daß die Unwirksamkeit vertraglicher Klauseln auf einer "Anstößigkeit" beruht, die im Einzelfall durch ein Werturteil festzustellen ist[1]. Dabei ist der Grad der Anstößigkeit jedoch unterschiedlich stark: § 138 BGB erfordert einen Verstoß gegen die guten Sitten, die an § 242 BGB orientierte Inhaltskontrolle nur einen Verstoß gegen Angemessenheit und Billigkeit. Dafür, daß der Maßstab des § 138 BGB strenger ist, ist er andererseits aber an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob der zu prüfende Vertrag ausgehandelt wurde oder nicht. Die Inhaltskontrolle fordert nur einen geringeren Grad von Anstößigkeit, setzt dafür aber weiterhin voraus, daß es sich um eine Regelung handelt, die von einer Seite vorformuliert und dem Vertragspartner aufgezwungen wurde. Wer einseitig Vertragsbedingungen festlegt, muß sich eine strengere Prüfung gefallen lassen.

---

1) Der dogmatische Unterschied, daß es sich bei der Inhaltskontrolle - soweit sie nicht auf dem AGB-Gesetz beruht - um Richterrecht handelt und bei § 138 BGB um Gesetzesrecht ist dagegen praktisch unerheblich, da in beiden Fällen der Richter wertend zu entscheiden hat.

Diese Unterscheidung gilt auch beim Gesellschaftsvertrag. Will man einen solchen einer Prüfung nach beiden Rechtsinstituten unterwerfen, ist wie folgt vorzugehen: Zunächst ist gemäß § 138 BGB zu prüfen, ob Klauseln enthalten sind, die nicht nur die Bewertung "unangemessene Benachteiligung" eines Vertragsteils, sondern den Vorwurf der Sittenwidrigkeit verdienen. Wird dies bejaht, ist für eine Inhaltskontrolle kein Raum mehr und man braucht auf die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages nicht mehr einzugehen. Verneint man einen Sittenverstoß und handelt es sich nicht um einen individuell ausgehandelten Vertrag, hat eine Prüfung nach den Kriterien der Inhaltskontrolle zu erfolgen[1].

4) Anfechtung, insbesondere wegen arglistiger Täuschung

Eine Anfechtung kann für einen Anlagegesellschafter grundsätzlich nur in Betracht kommen, wenn er sich ganz von der Gesellschaft lösen will. Soweit er sich gegen einzelne Klauseln der beschriebenen Art im Gesellschaftsvertrag wenden will, ließe sich eine Anfechtung von vornherein nur insofern denken, als der beitretende Gesellschafter geltend macht, sich über die Auswirkung einer solchen Klausel geirrt zu haben (z. B. über eine versteckte Nachschußpflicht). Ein solcher Irrtum wäre aber ein nicht zur Anfechtung berechtigender Rechtsfolgenirrtum[2]. Das Institut der Anfech-

---

1) Vgl. zu § 138 BGB im Gesellschaftsrecht: A. Hueck, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 717 ff; Wieland, HR I, 579, Anm. 4, 77; Schmidt-Salzer, 94, RGZ 3, 123 ff; Rechtsprechung über § 138 BGB als Mittel der Vertragskorrektur: BGHZ 37, 381, 385; 44, 158, 161 = JZ 1966, 101, WM 1965, 709, 710.

2) Soergel-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., 1978, Anm. 24 zu § 119 BGB.

tung ist daher für den Anleger insoweit völlig ungeeignet.

Die Rechtsprechung hat sich aber mit verschiedenen Fällen befassen müssen, in denen der Anlagegesellschafter seinen Beitritt zur Gesellschaft wegen arglistiger Täuschung angefochten hat[1]. Nach Auffassung des BGH stehen jedoch auch bei einer Massengesellschaft einer solchen Anfechtung die zur fehlerhaften Gesellschaft entwickelten Grundsätze entgegen, d. h. die Anfechtung mit Rückwirkung ist ausgeschlossen. Stattdessen kann der durch eine arglistige Täuschung zum Beitritt bewogene Gesellschafter seine Mitgliedschaft durch eine fristlose Kündigung beenden, wenn der Gesellschaftsvertrag überhaupt ein Kündigungsrecht für den Gesellschafter vorsieht[2].

Bei Massengesellschaften hat der BGH darüber hinaus dem arglistig getäuschten Kommanditisten auch ohne besondere Grundlage im Gesellschaftsvertrag ein Recht zur fristlosen Kündigung eingeräumt[3]. In diesem Fall bestehen Berührungspunkte zur Inhaltskontrolle. Denn hier wird ein Gesellschaftsvertrag, der überhaupt kein Kündigungsrecht enthält, dahin "korrigiert", daß dem Gesellschafter doch ein Kündigungsrecht zustehen soll. Dogmatisch handelt es sich jedoch dabei um einen Fall ergänzender Vertragsauslegung: Hätten die Beteiligten an einen solchen Fall gedacht, hätten sie billigerweise dem Gesellschafter ein solches Recht zur fristlosen Kündigung einräumen müssen[4].

---

1) BGHZ 55, 5, 9 m. w. N., BGHZ 63, 338 ff. Vgl. dazu auch Uhlenbruck, GmbH-Rundschau, 1973, 107 ff.

2) BGHZ 47, 293, 300 ff, BGHZ 63, 338 ff (346).

3) BGHZ 63, 338 = NJW 1975, 1220 und BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160 (mit Einschränkung aufgrund des Gedankens der Risikogemeinschaft aller Gesellschafter).

4) Vgl. dazu oben, Ziff. 1).

5) Unwirksamkeit von Regelungen, die den unabdingbaren Kernbereich der Gesellschafterrechte antasten

Unabhängig von der Erscheinungsform der Massengesellschaft wurde schon verschiedentlich der Versuch unternommen, für Gesellschaftsverträge eine immanente Schranke der Vertragsfreiheit anzunehmen, über die gesetzlich festgelegten Grenzen hinaus[1]. Auch die Rechtsprechung hat in verschiedenen Fällen aufgrund ähnlicher Argumentation entsprechende Klauseln für unwirksam erklärt, z. B. wenn das ordentliche Kündigungsrecht für einen Kommanditisten gänzlich ausgeschlossen wurde[2] oder eine Stimmrechtsspaltung vereinbart war[3].

Soweit hier eine gesicherte Rechtsprechung vorliegt, haben diese Entscheidungen auch für die Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften Gültigkeit, und für eine zusätzliche Inhaltskontrolle ist kein Raum mehr. Auf den ersten Blick könnte man aber auch meinen, die virulenten Klauseln der Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften, wie im 2. Teil beschrieben, dadurch zu entschärfen, daß man sie als

---

1) Nitschke, Die körperschaftliche strukturierte Personengesellschaft, 1970; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; Immenga, Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, ZGR 1974, 385 ff; Martens, Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenz im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, 413; Dilcher, Typenzwang und inhaltliche Gestaltungsfreiheit, BJW 1960, 1040; Ott, Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, 1966; Wolf, Grenzen der Dispositionsfreiheit im Recht der Personengesellschaft, 1963; Weist, Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Konrad Duden, 1977, 749 ff.

2) BGHZ 23, 10 (15) = NJW 1957, 461.

3) BGHZ 20, 363 (364) = NJW 56, 1198 (1199).

Verstoß gegen die immanenten Schranken der Vertragsfreiheit qualifiziert und für unverbindlich ansieht. Man könnte z. B. bei dem vom BGH[1)] entschiedenen Fall argumentieren, eine solche Haftungsbeschränkung und Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche verstoße gegen das Wesen der Kommanditgesellschaft o. ä. und sei daher unwirksam.

Eine genauere Analyse zeigt jedoch den wesentlichen Unterschied zur Inhaltskontrolle und macht klar, daß solche Argumente bei Klauseln der fraglichen Art nur begrenzt zum Zuge kommen können. Die Annahme immanenter Schranken der Vertragsfreiheit setzt gedanklich voraus, daß es sich um "ausgehandelte Verträge" handelt. Die Vertragsparteien setzten sich hier u. U. bewußt und absichtlich über die Grenzen der Vertragsfreiheit hinweg. Es spielt überhaupt keine Rolle, ob die eine Partei aus irgendwelchen Gründen der anderen Partei eine bestimmte Klausel aufgezwungen hat, sondern es handelt sich nur ganz allgemein darum, den "Verhandlungsspielraum" der Vertragsparteien über die bereits vom Gesetz ausdrücklich gezogenen Grenzen hinaus noch einzuengen. Die Inhaltskontrolle dagegen stellt auf einen viel spezielleren Punkt ab: Die Vertragsfreiheit wird hier nicht durch die von beiden Parteien gewählte Vertragsgestaltung verletzt, sondern sie wird von der einen überlegenen Partei, die die Vertragsgestaltung der anderen diktiert, mißbraucht. D. h. es kommt nicht darauf an, ob insoweit noch Vertragsfreiheit besteht oder nicht, auch wenn sie besteht, darf sie die eine Partei unter den konkreten Verhältnissen nicht einseitig für sich ausnutzen. Liegen also diese speziellen Voraussetzungen vor, hat die Inhaltskontrolle einen viel weiteren Anwendungsbereich als die Lehre von immenenten Schranken der Vertragsfreiheit. Sie kann Klauseln erfassen, die man kaum ohne eine gewisse Verkünstelung als gegen das Wesen oder die Typengesetzlichkeit einer Gesellschaftsform verstoßend ansehen kann.

---

1) BGHZ 64, 238.

Martens[1] scheint diese Unterscheidung zwischen Inhaltskontrolle und dem Gedanken einer besonderen Beschränkung der Vertragsfreiheit zu übersehen. Es ist zwar richtig, daß beide Figuren, soweit es um den Inhalt einer einzelnen Klausel geht, mit denselben Argumenten arbeiten (Angemessenheit, Billigkeit, Gerechtigkeit, Treu und Glauben), dogmatisch sind sie jedoch scharf zu trennen.

Soweit man aber den Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen überprüft, ist in folgender Reihenfolge vorzugehen und im einzelnen zu prüfen:

a) Werden gesetzliche Vorschriften verletzt, die die Vertragsfreiheit ausdrücklich beschränken (§§ 134, 138 BGB)?

b) Wenn solche nicht verletzt sind, wurden die immenenten Schranken der Vertragsfreiheit, die für diesen Rechtstypus bestehen, durchbrochen?

c) Oder wird die Vertragsfreiheit durch den einseitigen Vertragsgestalter mit unangemessenen Klauseln mißbraucht (eigentliche Inhaltskontrolle)?

---

1) Martens, JZ 1976, 514.

III.

Die Inhaltskontrolle von AGB und Gesellschaftsverträgen

1) Die Inhaltskontrolle von AGB

Wesen und Entwicklung

Die Beantwortung der Frage, ob auch eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen zulässig ist, setzt zunächst voraus, sich ein klares Bild darüber zu verschaffen, was die Inhaltskontrolle überhaupt ist, welche tragenden Gedanken ihr zugrundeliegen und wie sie dogmatisch einzuordnen ist[1].

---

1) L. Raiser, Recht der AGB, 1961 (1935), Schmidt-Salzer, Recht der AGB 1971, ders. NJW 1971, 1010; Weber AGB 1967, ders., Der Betrieb 1970, 2355, Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaflicher Analyse, 1966; Emmerich, Die Problematik der Allgem. Geschäftsbedingungen, JuS 1972, 361 ff; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970; Kötz, Gutachten für den 50. DJT, 1974; Löwe, Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1973, 585 ff, ders., Schutz des Verbrauchers vor Allgem. Geschäftsbedingungen, Festschrift für Karl Larenz, 1973, 373 ff, ders., Inhaltsbeschränkungen von Allgem. Geschäftsbedingungen nur durch eine Generalklausel? BB 1974, 97 ff; Trinkner, Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgem. Geschäftsbedingungen (Inhaltskontrolle), BB 1973, 1501 ff; Lindacher, Richerliche Kontrolle Allgem. Geschäftsbed. u. Schutzbedürftigkeit des Kunden, BB 1972, 297; Hart, Allgem. Geschäftsbed. und Justizsystem, Kritische Justiz 1971, 269 ff; Rehbinder, Allgem. Geschäftsbed. u. d. Kontrolle ihres Inhalts, 1972. Rechtsvergleichend: G. Raiser, Die gerichtl. Kontrolle v. Formularbed. i. amerikanischen und deutschen Recht, 1966; L. Raiser, Die inhaltl. Kontrolle von AGB, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, 123 ff.

Das Rechtsinstitut der Inhaltskontrolle räumt dem Richter die Befugnis ein, einen Vertrag dahingehend zu überprüfen, ob einzelne Klauseln, auch wenn sie nach der Rechtsordnung grundsätzlich zulässig sind, unter Berücksichtigung der Tatsache, daß sie von einer Vertragspartei einseitig festgelegt wurden, gegen den Grundsatz von Gerechtigkeit und Billigkeit verstoßen.

Ein solcher schwerwiegender Eingriff in die Vertragsfreiheit bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Diese wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich formuliert; es wird gesprochen von einem Mißbrauch der Privatautonomie[1)], von einer einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit durch einen Vertragspartner[2)], Verdrängung des dispositiven Rechts durch den wirtschaftlich Stärkeren[3)], von einer Überforderung rechtsgeschäftlicher Verantwortungsfähigkeit[4)], der Beeinträchtigung oder des Fehlens der Selbstbestimmungsmöglichkeiten beider Vertragspartner bei Vertragsschluß[5)].

Der BGH hat in einer neueren Entscheidung[6)] nochmals seine Auffassung zusammengefaßt: Der Grund der Inhaltskontrolle liege einerseits in dem für den Geschäftspartner oft unübersichtlichen oder sogar überraschenden Inhalt des Bedingungswerks[7)]. Zumindest gleichrangig sei jedoch der Gesichtspunkt, daß der Richter der unangemessenen, einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt der Verträge durch gene-

---

1) Larenz, Allgem. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 3 I.
2) Eith, NJW 1974, 18.
3) Esser, Schuldrecht, Bd. I, Allgem. Teil, § 13 I 1.
4) Lindacher, BB 1972, 297.
5) BAG, BB 1973, 1029, Nicklisch, BB 1973, 943.
6) BGH NJW 1977, 625.
7) BGHZ 60, 377, 380; BGHZ 62, 251, 252.

relle Regelungen zu gestalten, entgegenwirken muß. Auch bei unmißverständlichen und dem Geschäftspartner vor Vertragsschluß bekannten Klauseln habe der Richter zu prüfen, ob nicht die Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit in unangemessener und nicht zu billigender Weise verletzt sind[1].

Aus diesen vom BGH als tragend angesehenen Gründen lassen sich sogleich die Voraussetzungen ableiten, die für die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle vorliegen müssen. Dabei stellt die eine Voraussetzung ("unübersichtlich") darauf ab, wie sich das konkrete Vertragswert äußerlich darstellt, die andere auf die Art und Weise, wie die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages zustandegekommen ist (einseitige Gestaltungsmacht).

Bei dem ersten Kriterium können verschiedene Aspekte einzeln oder zusammen auftreten. Die Unübersichtlichkeit kann herbeigeführt sein durch:

- den äußeren Umfang des Vertragswerks,
- durch die inhaltliche Komplexität,
- die abstrakte Sprache,
- die unverständliche Sprache (Fachbegriffe, Verweis auf im einzelnen nicht erläuterte Bestimmungen etc.),
- undifferenziertes Schriftbild, das nicht zwischen Wichtigem und Nebensächlichem unterscheidet,
- besondere Situation bei Untereeichnung (Zeitdruck, psychologischer Zwang)[2].

---

1) BGH NJW 1976, 2345.
2) In Anlehnung an Schmidt-Salzer, 8.

Das zweite Kriterium läßt sich wie folgt präzisieren:

- Der Inhalt des Vertrags muß von einer Seite festgelegt sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Seite die Formulierungen selbst getroffen hat oder ob dies durch eine andere Person geschah.

- Die Festlegung erfolgt schon vor Vertragsschluß.

- Es muß sich um eine generelle Regelung handeln.

- Die Ausgestaltung muß inhaltlich unangemessen und unbillig sein für den anderen Vertragspartner.

Es wird später[1] im einzelnen zu prüfen sein, ob diese Voraussetzungen auch für Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften zutreffen.

Der Streit um die dogmatische Einordnung der Inhaltskontrolle ist bezüglich AGB obsolet geworden. Mit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ist die Inhaltskontrolle im darin beschriebenen Anwendungsbereich als eigenständiges Rechtsinstitut gesetzlich anerkannt. Im übrigen behält die Frage aber ihre rechtliche Bedeutung. Es werden grundsätzlich folgende Auffassungen vertreten:

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat die Inhaltskontrolle auf § 138 BGB gestützt[2].

---

1) S. unten, Ziff. 4).

2) RG 20, 117, 143; 28, 168, 329; vgl. im einzelnen L. Raiser, aaO, 280 ff.

Der Anwendungsbereich des § 138 BGB ist aber zu beschränkt, als daß er eine sinnvolle Inhaltskontrolle, wie sie heute erforderlich ist, rechtfertigen könnte. Verstöße gegen Gerechtigkeit und Billigkeit, die ihr besonderes Gepräge dadurch erhalten, daß der Vertragsinhalt von der überlegenen Partei der anderen aufgedrängt wurde, müssen keinen Sittenverstoß i. S. des § 138 BGB darstellen. Diese Vorschrift stellt nur auf den Inhalt eines Vertrages als solchen ab, unabhängig von der Art und Weise des Zustandekommens[1].

2. Der wohl überwiegende Teil der Literatur will § 315 BGB entsprechend anwenden[2].

Dagegen läßt sich jedoch einwenden, daß es dort um die Bestimmung eines noch nicht festgelegten Vertragsinhalts geht. Der Grundgedanke der Vorschrift, daß bei Feststellung eines Vertragsinhalts von billigem Ermessen auszugehen ist, rechtfertigt keinen Eingriff in die Vertragsfreiheit, wenn bereits ein exakt formuliertes Vertragswerk vorliegt. § 315 BGB setzt die Vertragsfreiheit voraus und greift nur lückenfüllend als Ergänzungsregel ein.

3. Die Rechtsprechung des BGH stellt entscheidend auf den Mißbrauch der Vertragsfreiheit ab und entnimmt die Unverbindlichkeit mißbräuchlicher Klauseln letztlich § 242 BGB[3]. Die Verbindung zu dieser Vorschrift wird wie folgt

---

1) Die Anwendung des § 138 BGB bleibt jedoch auch neben der Inhaltskontrolle möglich: BGHZ 51, 55; NJW 1971, 1034. Zum Verhältnis von Inhaltskontrolle und § 138 BGB siehe auch oben, 3. Teil, Abschnitt II., Ziff. 3).

2) Schmidt-Salzer, AGB 1967, 66 ff; Lukes, NJW 1963, 1900; Larenz, Schuldrecht § 6 III; Flume § 37, 2.

3) BGHZ 22, 90; 41, 154; 52, 64; 54,109; 60, 244, 380; Mattern, Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formularklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1974, 762 ff.

hergestellt: Daß Vertragsbedingungen insgesamt gerecht und billig ausgestaltet werden müssen, brauchte gesetzlich nicht ausdrücklich normiert zu werden, da den Vertragsparteien zur Regelung ihrer schuldrechtlichen Beziehungen Vertragsfreiheit eingeräumt wurde. Man ging dabei davon aus, daß beide Parteien nur ihre Interessen wahrende Verträge abschließen und deshalb auf gerechte und billige Bestimmungen hinwirken. Innerhalb der im öffentlichen Interesse liegenden Grenzen (§§ 134, 138 BGB) sollte die Vertragsfreiheit garantieren, daß Verträge Ausdruck und Ergebnis eines gerechten Interessenausgleichs sind. Hebt jedoch eine Partei faktisch die Vertragsfreiheit auf, indem sie Verträge nur auf der Grundlage von ihr einseitig vorher festgelegten Bedingungen abschließt, ist sie verpflichtet, die Interessen des potentiellen Partners so zu berücksichtigen, wie es dieser auch selbst getan hätte. Tut sie dies nicht, setzt sie sich über die schutzwürdigen Belange des anderen hinweg, wird die Vertragsfreiheit zu Zwecken mißbraucht, die ihr nicht zugedacht waren. Solche mißbräuchlichen Klauseln verstoßen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Richter hat durch seine die Unwirksamkeit aussprechende Entscheidung die Vertragsgerechtigkeit wiederherzustellen.

Dieses Verständnis der Inhaltskontrolle vermag am besten eine effiziente Inhaltskontrolle dogmatisch abzusichern und wird daher auch den späteren Überlegungen im Bereich des Gesellschaftsrechts zugrundegelegt.

2) Erweiterung des sachlichen Anwendungs-

bereiches der Inhaltskontrolle

Nachdem sich das Rechtsinstitut der Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Rechtsprechung durchgesetzt hatte, wurde für zahlreiche weitere Bereiche eine richterliche Inhaltskontrolle gefordert, um Klauseln eines Vertragswerkes nicht nur am Maßstab der Sittengemäßheit (§ 138 BGB), sondern auch der Angemessenheit (§ 242 BGB) und Billigkeit zu überprüfen. So für Formular-Verträge[1], notarielle Verträge[2], Arbeitsverträge[3], Einkaufsbedingungen[4], Mietverträge[5], Vereinssatzungen[6] u. a. m..[7] [8]

Die Problematik liegt in jedem einzelnen Fall darin, ob man die jeweils der Kontrolle zu unterwerfenden Vertragswerke den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichstellen kann oder ob es sich um eine der Inhaltskontrolle nicht zugänglichen Individualvereinbarung handelt. Das Problem der Übertragung der Inhaltkontrolle auf andere Verträge

---

1) BGHZ 52, 171, 178; BB 1970, 1504; weitere Nachweise bei Nicklisch, BB 1974, 937.

2) BGH BB 1974, 623, zuletzt BGH vom 15.10.1976, DNotZ 1977, 347, Köbl. DNotZ 73, 389; Löwer, NJW 74, 337.

3) Gumpert BB 1974, 139; Becker NJW 73, 1913 ff; BAG 22, 194;(Urteil vom 31.11.1969); Lieb DB 1973, 69.

4) Heinze, NJW 73, 2182 ff. Inhaltskontrolle von Allgem. Einkaufsbedingungen.

5) ZMR 73, 112 (Urteil des AG München vom 21.12.1970).

6) Lohbeck, Die Vereinsordnungen, MRD 1972, 381; OLG Frankfurt, NJW 73, 2208.

7) So auch neuerdings für einen Formular-Detektivvertrag, BGH MDR 1978, 744.

8) In jüngster Zeit hat sich mit dieser Thematik besonders Lieb in seiner Arbeit Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 1978, 196 ff, auseinandergesetzt.

als Allgemeine Geschäftsbedingungen ist also nicht neu. Es erscheint daher nützlich, kurz auf einige wichtige typische Vertragswerke einzugehen, bei denen eine Inhaltskontrolle befürwortet oder bereits höchstrichterlich bejaht ist, da dabei Kriterien und Entscheidungshilfen für das besondere Problem bei Gesellschaftsverträgen gewonnen werden können.

a) Formularverträge

Formularverträge, also Verträge, die unter Verwendung eines von einem Vertragsteil aufgestellten oder ständig verwendeten Vertragsformulars geschlossen werden, wurden von der Rechtsprechung und Literatur auch hinsichtlich der Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle schon seit langem grundsätzlich den AGB gleichgestellt. Diese Gleichstellung ergibt sich auch zwingend daraus, daß es sich nur um eine bedeutungslose Äußerlichkeit handelt, ob die Vertragsbedingungen in einer separaten Urkunde dem unterzeichneten Vertrag beigefügt sind oder ob es sich um eine einheitliche Vertragsurkunde handelt, in die die Klauseln integriert sind. Es hätte sonst in der Hand des Vertragsgestalters gelegen, durch eine entsprechende äußere Aufmachung den Vertrag der Inhaltskontrolle zu entziehen[1].

Es ist also auch unerheblich, daß sich der Beitritt in eine Massengesellschaft in der Regel in der Weise vollzieht, daß der künftige Gesellschafter eine vorbereitete Beitrittserklärung unterzeichnet, in der auf den bereits als Druck vorliegenden Gesellschaftsvertrag Bezug genommen wird.

---

1) Deshalb bestimmt das seit 1.4.1977 geltende AGB-Gesetz auch ausdrücklich in § 1 Abs. 1 S. 1, daß es "gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat".

b) Notarielle Verträge

Auch notarielle Verträge sind nach der Rechtsprechung des BGH einer Inhaltskontrolle zugänglich[1]. Voraussetzung ist auch hier, daß die Verträge nicht ausgehandelt, sondern von einer Seite vorher bereits festgelegt sind. Gegen eine richterliche Inhaltskontrolle spricht es nach der Auffassung des BGH, daß hier eine neutrale Person - der Notar - durch seine Prüfungs- und Belehrungspflichten dafür sorgen muß, daß der Vertragspartner zumindest wenigstens weiß, was er unterschreibt, also kein Überraschungseffekt auftreten kann. Dies änderte aber nichts daran, daß z. B. derjenige, der von einer Bauträgergesellschaft eine Eigentumswohnung erwerben will oder eine Grundschuld bestellen muß, praktisch keine Möglichkeit hatte, auf das ihm vorgelegte Vertragswerk Einfluß zu nehmen.

Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften sind in der Regel nicht beurkundungspflichtig. Wenn schon die Mitwirkung eines Notars die Inhaltskontrolle nicht ausschließt, kann diese auch nicht bei der Art der Berater, die üblicherweise nicht in den Abschluß dieser Gesellschaftsverträge eingeschaltet sind, der Fall sein.

c) Vereinssatzungen

Die Übertragung der für die Inhaltskontrolle von AGB entwickelten Grundsätze auf Vereinssatzungen wurde in der Literatur insbesondere von Lohbeck[2] gefordert. Unter Hinweis auf entsprechende Ansätze bereits in der Rechtsprechung des

---

1) Vgl. insbesondere BGH, DNotZ 1977, 347 m. w. N..
2) Lohbeck, MDR 1972, 381 ff.

Reichsgerichts möchte er die Anordnung "lästiger Rechtsfolgen" für die Mitglieder davon abhängig machen, daß dies aus sachlichen Gründen des allgemeinen Gruppenwohls erforderlich ist und als billigenswerte und erkennbare Folge des Vereinsbeitritts erscheint.

Der Bundesgerichtshof[1] hat eine Inhaltskontrolle zunächst zumindest für einzelne in Verbandsordnungen aufgenommene Bestimmungen, mit denen der Verband den Inhalt seiner rechtlichen Beziehungen zu Nichtmitgliedern, die seine Einrichtungen benutzen wollen, vorweggenommen hat, bejaht. In einer weiteren Entscheidung[2] hat er die satzungsmäßigen Aufnahmebestimmungen einer Inhaltskontrolle unterworfen[3].

Das OLG Frankfurt[4] hat im Zusammenhang mit dem sogenannten Bundesligaskandal die Statuten des Deutschen Fußballbundes ausdrücklich einer Inhaltskontrolle unterworfen, sofern diese "unmittelbaren Einfluß auf die Gestaltung vertragsgleicher Rechte und Pflichten zwischen den Parteien nehmen".

Die Rechtsentwicklung im Bereich des Vereinsrechts ist deshalb von besonderem Interesse, weil zwischen Vereinen und Massengesellschaften große strukturelle Ähnlichkeiten bestehen. Beide sind auf eine Vielzahl von "Mitgliedern" angelegt, die der jeweiligen Organisation beitreten. Ihre Rechte und Pflichten richten sich nach einem Regelwerk, das bereits fertig vorliegt und unabhängig von ihrer Person

---

1) Urteil vom 13.7.1972, LM Nr. 10 zu § 25 BGB.

2) Urteil vom 5.7.1973, NJW 1973.

3) Lies hierzu Nicklisch, Der verbandsrechtliche Aufnahmezwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen, JZ 1976, 105 ff.

4) NJW 1973, 2208, mit zustimmender Anmerkung von H. P. Westermann.

gilt. Der "Beitritt" kann nur zu vorgegebenen Bedingungen erfolgen, es werden also keine individuellen Beitrittsbedingungen ausgehandelt.[1)]

d) Arbeitsverträge

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung hat arbeitsrechtliche Verträge schon lange einer eigenen Inhaltskontrolle unterworfen, völlig unabhängig von der Inhaltskontrolle von AGB, jedoch mit einem parallelen Ansatz. Ihren Ansatzpunkt nahm die Rechtsprechung des BAG dabei bei kollektiv gesetzten Regelungen, wie z. B. der Satzung einer Unterstützungskasse[2)], vom Arbeitsgeber festgelegte Ruhegeldordnungen oder normierte Versorgungsrichtlinien[3)], ferner die von Arbeitsgebern bei der Verteilung zusätzlicher Leistungen ohne Rechtsanspruch befolgten bzw. verletzten allgemeinen Regeln.[4)]

Während in diesen Fällen das BAG ähnlich der Inhaltskontrolle von AGB auf Billigkeitserwägungen abgestellt hat und teilweise Fallgruppen bildete, in denen eine Billigkeitskontrolle stattfinden sollte, hat das GAG in weiteren Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt einer gestörten Vertragsparität ganz allgemein Arbeitsverträge, auch ausgehandelte, einer Inhaltskontrolle unterworfen[5)]. Entscheidend wird hier darauf abgestellt, ob der Arbeitgeber seine Gestaltungsmacht in einseitiger Interessenwahrnehmung bei

---

1) Diese Ähnlichkeiten haben Großfeld dazu bewogen, Massengesellschaften überhaupt dem Vereinsrecht zu unterstellen (vgl. hierzu oben, S. 5).

2) AP Nr. 1 zu § 242 BGB, Ruhegehalts- Unterstützungskassen.

3) AP Nr. 144 und 152 zu § 242 BGB - Ruhegehalt.

4) AP Nr. 1 und 2 zu § 305 BGB - Billigkeitskontrolle.

5) Z. B. DB 1972, 2113.

der Vertragsausgestaltung mißbraucht hat[1].

In der Literatur wird zu dieser Rechtsprechung durchaus kontrovers Stellung genommen. Ein Teil verteidigt die Rechtsprechung und fordert einen weiteren Ausbau[2], andere üben heftige Kritik[3]. Die Kritik richtet sich dabei jedoch nicht gegen die Inhaltskontrolle schlechthin, sondern vor allem gegen die Behauptung des Vorliegens einer gestörten Vertragsparität (Zöllner) oder gegen die ungenügende rechtliche Absicherung (Westhoff, Lieb). Zu der Auseinandersetzung kann hier im einzelnen keine Stellung genommen werden[4]. Wichtig ist in diesem Zusammenhang jedoch ein identischer zentraler Gesichtspunkt: Ist die "Vertragsparität" gestört oder nicht? Nur dann ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit durch eine richterliche Inhaltskontrolle notwendig und gerechtfertigt.

Dabei ergibt ein Vergleich der Stellung des Arbeitnehmers einerseits und des Anlagegesellschafters andererseits (wobei sich das Problem der Schutzwürdigkeit unter anderen Aspekten stellt), daß Anlagegesellschaftern eine organisierte Interessenwahrnehmung fehlt. Jeder Anlagegesellschafter sieht sich bei Vertragsunterzeichnung typischerweise dem Vertragspartner allein gegenüber. Gesichtspunkte, die im Arbeitsrecht zur Herstellung einer grundsätzlichen Vertragsparität führen können, liegen hier nicht vor.

---

1) Aufzählung von solchen Abreden bei Westhoff, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 1975, 12 ff.

2) Becker, NJW 1973, 1913; Gumpert, BB 1974, 139.

3) Zöllner, AcP 176, 1976, 221, 243 ff; Westhoff, aaO; Lieb, Arbeitsrecht, 54 ff.

4) Dazu im einzelnen: Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, 1972, 227 ff, m. w. N..

3) Die Bedeutung und Reichweite des am 1.4.1977 in Kraft getretenen AGB-Gesetzes für Gesellschaftsverträge

Nach § 23 AGB-Gesetz findet das Gesetz bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts keine Anwendung. Daß damit auch Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, die dem gesetzlichen Leitbild des HGB entsprechen, dem Anwendungsbereich entzogen sein sollten, stand von Anfang an außer Zweifel. Denn das AGB-Gesetz bezieht sich seiner ganzen Konzeption nach auf Austauschverhältnisse.

Weniger selbstverständlich ist, daß Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften nicht einbezogen sind. Denn hier wäre aufgrund der vergleichbaren Interessenlage eine Einbeziehung nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen. Trotzdem hat der Gesetzgeber offenbar nicht daran gedacht, insoweit eine Ausnahme zu machen. Aufgrund des klaren Wortlauts und des bekannten gesetzgeberischen Willens ist deshalb auch eine unmittelbare Anwendung des AGB-Gesetzes auf Gesellschaftsverträge ausgeschlossen.

Allerdings werden von dem Begriff "Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts" nach § 23 Abs. I AGB-Gesetz nicht erfaßt schuldrechtliche Verträge wie z. B. Dienstverträge mit Geschäftsführern, Stimmrechtsbindungsverträge, Treuhandverträge etc.[1]. Auf Verträge, die gerade bei Massengesellschaften häufig im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden, findet also das AGB-Gesetz durchaus Anwendung[2].

---

1) Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 23 I Anm. 7.
2) Ders., aaO.

Nicht verbunden mit dem Ausschluß von Gesellschaftsverträgen vom sachlichen Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes ist jedoch, daß es eine Inhaltskontrolle für Gesellschaftsverträge nicht geben dürfte. Vielmehr hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, daß die Regelung nach § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz nicht den Zweck verfolgen soll, die bisherige Rechtsentwicklung bei der Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB aufzuhalten[1]. Dies gilt auch für das Gebiet des Gesellschaftsrechts. Hier kann die Grundsatzentscheidung des BGH ungehindert fortentwickelt werden[2].

Nicht unzulässig ist es auch, die Grundgedanken des AGB-Gesetzes und einzelne Bestimmungen auch bei der Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen als Argumentationshilfe heranzuziehen. Dabei sind jedoch grundsätzliche Schwierigkeiten nicht zu übersehen:

Das AGB-Gesetz ist abgestellt auf das Gegenübertreten von zwei Vertragsparteien, von denen eine der anderen bei Abschluß des Vertrages "vorformulierte Vertragsbedingungen stellt". Diese Partei wird als "Verwender" definiert (§ 1 Abs. 1 AGB-Gesetz) und darauf sind die Bestimmungen ausgerichtet, insbesondere die Klauselverbote des § 10 und § 11 AGB-Gesetz. Dabei zielen die Klauselverbote darauf ab, daß der "Verwender" sich nicht zu unangemessenen Vorteilen verhilft.

---

1) Reg.E.Begr. BT-Drucks. 7/3919, 41.

2) Allgemeine Meinung: Graf von Westphalen in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz, 1977, § 23 Rand-Nr. 28; Ulmer in Ulmer-Brandner/Hensen, AGB-Gesetz § 23, Rand-Nr. 28; Schlosser-Coester/Waltjen-Graba, AGB-Gesetz § 23 Rand-Nr. 5; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 23 I 2 d) Anm. 8; Palandt/Heinrichs, §§ 23, 24 AGB-Gesetz Anm. 2; Baumbach/Duden, § 109 Anm. 2 C und § 161 Anm. 3 C; Dietlein-Rebmann, AGB aktuell, 1976, § 23 Rand-Nr. 5; Schneider, ZGR 1978, 12.

Bei Massengesellschaften sind die Verhältnisse wesentlich komplexer. Vertragspartner sind hier - zumindest formal rechtlich - die anderen Gesellschafter. Diese sind jedoch nicht die "Verwender". Die "Verwender" sind hier bei einer funktionellen Betrachungsweise die Initiatoren/Gründer/Unternehmensgesellschafter. Diese können in verschiedenen Rechtspositionen den Anlagegesellschaftern gegenübertreten: als Geschäftsführer, Prokuristen, Treuhänder, Beiratsmitglieder, Bevollmächtigte, persönlich haftende Gesellschafterin etc.. Es ist hier also keine Idendität zu fordern zwischen Verwender und anderer Vertragspartei, sondern zwischen demjenigen, der die vorformulierten Bedingungen tatsächlich verwendet und demjenigen, der aus diesen Rechte oder auch nur Vorteile ableiten kann, gleichgültig, ob dieser nun selbst Vertragspartner ist oder nicht.

§ 8 AGB-Gesetz setzt für eine Inhaltskontrolle voraus, daß durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen "von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden". Es wird also ausgegangen von einem gesetzlichen - dispositiven - Leitbild eines Vertragstypus, der eine bestimmte Risikoverteilung für die Vertragsparteien enthält, um daran zu überprüfen, ob die Änderungen oder Ergänzungen, die in dem vorformulierten Vertragswerk enthalten sind, sachlich gerechtfertigt, also angemessen sind.

Auch hier sind die Verhältnisse bei den Gesellschaftsverträgen von Massengesellschaften wesentlich vielschichtiger. Denn es werden hier gerade "Typen" verwendet, für die es ein gesetzliches Leitbild nicht gibt bzw. dieses einen weiten Gestaltungsspielraum offenläßt. Dies gilt insbesondere für die verschiedenen Mischgebilde. Nimmt man z. B. die besonders häufig vorkommende KG, stellt man fest, daß hier nur punktuelle gesetzliche Regelungen vorliegen, die sich vorwiegend auf das Außenverhältnis beziehen. Es ist hier also außerordentlich problematisch, von einem Leitbild auszugehen.

Auf diese Schwierigkeiten wird noch näher einzugehen sein[1]. Ein Blick in das AGB-Gesetz kann aber in jedem Fall in folgenden Punkten nützlich sein:

- Schon die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz liefert Kriterien, die sich auch auf Gesellschaftsverträge anwenden lassen.

- Der Begriff des "Aushandelns" in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz kann auch beim Abschluß der Gesellschaftsverträge herangezogen werden.

- Die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz liefert eine abstrakte Umschreibung der Billigkeitskontrolle, wie sie auch für Gesellschaftsverträge gültig sein kann.

- Dagegen sind die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGB-Gesetz zu sehr auf typische Austauschverhältnisse zugeschnitten, um sinnvoll für Gesellschaftsverträge gelten zu können. Einige Bestimmungen lassen sich jedoch vorsichtig übertragen:

§ 10 I Nr. 5 (Fingierte Erklärungen)

Fingierte Erklärungen haben wir auch in den überprüften Gesellschaftsverträgen gefunden. Zu nennen ist insbesondere die mit Fristablauf fingierte Zustimmung zu schriftlichen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung[2]. Auch die Ausschlußfristen für die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung oder des Jahresabschlusses können unter diesem Gesichtspunkt gesehen werden.

---

1) Siehe unten, Abschnitt IV..
2) Siehe oben, 2. Teil, Abschnitt III., Ziff. 3).

§ 10 I Nr. 6 (Fiktion des Zugangs)

Die Unwirksamkeit von Zugangsfiktionen kann auch bei gesellschaftsvertraglichen Klauseln zu überlegen sein. Schneider[1] weist zu Recht auf die sehr häufig vorkommende Klausel hin, nach der für die Ladung zur Gesellschafterversammlung die Absendung an die letzt bekannte Adresse des Gesellschafters genügt.

§ 10 I Nr. 7 (Abwicklung von Verträgen)

Die hierzu entwickelten Grundsätze könnte man auf die unangemessene Beschränkung von Ansprüchen auf das Auseinandersetzungsguthaben übertragen.

§ 11 Nr. 6 (Vertragsstrafe)

Daraus könnten Zweifel an der Wirksamkeit von Klauseln hergeleitet werden, die der Gesellschaft Ansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe einräumen, wenn der Beitretende seine Einlageverpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt[2].

§ 11 Nr. 7 (Haftung bei grobem Verschulden)

Damit könnte man die Unwirksamkeit von Haftungsausschlüssen oder der Höhe nach festgelegten Haftungsbeschränkungen erfassen, soweit sie sich auch auf ein grobes Verschulden beziehen[3].

---

1) Schneider, ZGR 1978, 21.
2) Beispiele bei Schneider, aaO, 32.
3) Ebenso Schneider, aaO, 31.

4) Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

Die heutige Diskussion über die Anwendung einer Inhaltskontrolle auch auf Gesellschaftsverträge von Publikumspersonengesellschaften wurde ausgelöst durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.4.1975[1]: Der Konkursverwalter einer in Konkurs gefallenen Kapitalbeteiligungs-GmbH & Co. KG nahm Kommanditisten, die zugleich Mitglieder des "Aufsichtsrats" der Gesellschaft waren, auf Schadenersatz wegen verschiedener schuldhafter Verstöße gegen Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag in Anspruch. Die Beklagten erhoben die Einrede der Verjährung und beriefen sich auf eine in dem Gesellschaftsvertrag enthaltene Haftungsbeschränkungsklausel, nach der die Haftung der Komplementärin und der Mitglieder des Aufsichtsrats sich auf das von diesen in der Gesellschaft angelegte Vermögen beschränkte[2].

---

1) BGHZ 63, 237 ff.

2) Die Bestimmungen lauteten:

"(1) Ansprüche gegen die GmbH oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer gesellschaftlichen Obliegenheiten verjähren in drei Monaten. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem auf die Beendigung der ordentlichen Gesellschafterversammlung folgenden Tage für alle Ansprüche, die während des Kalenderjahres entstanden sind, dessen Jahresabschluß der ordentlichen Gesellschafterversammlung vorgelegt worden ist.

(2) Die Haftung der GmbH und der Mitglieder des Aufsichtsrats beschränkt sich Gesellschaftern und ehemaligen Gesellschaftern gegenüber auf das in der Gesellschaft angelegte Vermögen der zum Schadenersatz verpflichteten Person."

Der BGH stellt zunächst fest, daß es sich nicht um eine Kommanditgesellschaft handle, die dem Leitbild der §§ 161 ff HGB entspreche. Es handle sich vielmehr um eine sogenannte Publikumsgesellschaft, die dadurch gekennzeichnet sei, daß sie nur von wenigen Gründergesellschaftern ins Leben gerufen werde und darauf angelegt sei, zur Kapitalansammlung eine unbestimmte Vielzahl von Kommanditisten (und/oder stillen Gesellschaftern) aufzunehmen. Der Unterschied zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaften bestehe im wesentlichen darin, daß die Kommanditisten untereinander und zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keinerlei persönlicher oder sonstiger Beziehungen stünden. Da sie einen fertig vorformulierten Gesellschaftsvertrag unterzeichnet hätten, auf deren Inhalt sie keinerlei Einfluß ausüben könnten, sei die Lage ähnlich wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen. Der Schutz der Anlagegesellschafter vor einem Mißbrauch der Vertragsfreiheit sei auch hier mit einer an den Maßstäben von Treu und Glauben ausgerichteten Inhaltskontrolle vorzunehmen. An diesem Maßstab gemessen, könne die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Monate, beginnend jeweils mit dem Tag der Gesellschafterversammlung, nicht standhalten. Denn dies würde eine Durchsetzung etwaiger Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführungs- und Überwachungsorgane weitgehend unmöglich machen.

Ebenso sei es mit der Beschränkung der Haftung auf das in der Gesellschaft angelegte Vermögen. Denn dies würde zu dem Ergebnis führen, daß die Haftung der zum Schadenersatz verpflichteten Personen um so geringer sei, je schwerer durch ihre Verstöße das Gesellschaftsvermögen verringert wurde.

Die Vorschriften enthielten eine die Interessen der Unternehmergesellschafter und der Anlagegesellschafter unausgewogene Regelung und seien daher nach Treu und Glauben unwirksam.

Eine Inhaltskontrolle für die Gesellschaftsverträge solcher Gesellschaften war bereits vorher schon im Schrifttum vereinzelt befürwortet worden[1]. In der Literatur stieß die Entscheidung des BGH dann teils auf Zustimmung, teils wurde sie aber auch mit Zurückhaltung aufgenommen[2].

Es wurden zum einen dogmatische Bedenken geäußert, zum anderen wurde die Befürchtung zum Ausdruck gebracht, durch diese Rechtsprechung werde die Vertragsfreiheit im Bereich des Rechts der Personengesellschaften weiter unangemessen eingeschränkt. Ferner wurden Zweifel hinsichtlich der Effizienz einer solchen am Einzelfall orientierten Korrekturmöglichkeit geäußert.

Mit den dogmatischen Bedenken hat sich der BGH selbst nur kurz auseinandergesetzt. Er hat diese im wesentlichen darin gesehen, daß beim Gesellschaftsvertrag, anders als bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in rechtlicher Sicht keine gegenüberstehenden Fronten vorhanden sind, sondern die Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft, einzelnen Gesellschaftern und Gesellschaftergruppen anders als bei reinen Austauschverhältnissen vielfältig ineinander verflochten seien.

---

1) Wiedemann, Festschrift für Harry Westermann, 585, 591; Fischer, DRiZ 1974, 209, 213 und Festschrift für Barz, 33, 38 ff; Schneider/Schneider, Die Organisation der Gesellschafterversammlung bei Personengesellschaften, Festschrift für Philipp Möhring, 271 ff; Martens, BB 1973, 418 ff.

2) Zustimmend insbesondere Wiedemann, Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, BB 1975, 1591 ff (1597); Hopt, Gutachten, 77; Schneider, ZGR 1978, 1 ff (5); sowie die auf S. 96, FN 2, zitierte AGB-Gesetz-Literatur.
Kritisch insbesondere Schwark, Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, ZGR 1976, 292 ff; Westermann, AcP 1975, 411. 415; Martens, JZ 1976, 511 ff.

Die möglichen Gefahren einer ausgedehnten Inhaltskontrolle stellt Westermann[1] dar. Er stimmt zwar der Entscheidung für den vorliegenden Sachverhalt zu, will aber abwarten, "Welchen Zielen die Rechtsprechung die Inhaltskontrolle dienstbar machen will"[2].

Schwark[3] sieht den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von vornherein sehr begrenzt. Es könnten damit nur "Auswüchse" der vom Gesetz eröffneten und von der Kautelarjurisprudenz genutzten Gestaltungsfreiheit beseitigt werden und man stoße rasch an die Grenze der im Interesse einer dem Einzelfall gerecht werdenden Unternehmensverfassung zu schützenden Vertragsfreiheit[4].

Da die Entscheidung des BGH die tiefere Problematik nur kurz andeutet und die in der Literatur geäußerten Zweifel gewichtig genug sind, ist eine nähere Auseinandersetzung mit Voraussetzungen, Kriterien, Grenzen und Effizienz einer Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen erforderlich. Erweist sich der vom BGH eingeschlagene Weg als richtig, wird zu beurteilen sein, wo es im Gesellschaftsrecht noch weitere Fallgruben gibt, in denen der Vertragsschluß-Mechanismus als Richtigkeitsgewähr versagt und diese Funktion von der Inhaltskontrolle übernommen werden kann und muß[5]. Hier liegen bereits einige wertvolle Einzeluntersuchungen von Schneider[6] vor.

---

1) AaO.

2) Ders., aaO.

3) AaO.

4) Ders., aaO.

5) So auch die Fragestellung von Schulte, Besprechung der Entscheidung BGHZ 64, 238; ZGR 1976, 97 ff.

6) Schneider, ZGR 1978, 1 ff (16 ff).

IV.

Parallelen und Unterschiede

Besondere Voraussetzungen für eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

1) Vergleichbarkeit mit AGB

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung[1] die Gleichbehandlung von "Gesellschaftervertragsbedingungen"[2] mit AGB damit begründet, daß die Kommanditisten, wenn sie einer Publikums-KG beitreten wollen, nur einen Gesellschaftsvertrag unterzeichnen können, der fertig vorformuliert ist und auf dessen Inhalt sie keinen irgendwie gearteten mitgestaltenden, ihre Interessen wahrenden Einfluß ausüben können. Die Rechtslage sei daher "ähnlich" wie bei AGB, die nicht zwischen den Parteien ausgehandelt, bei denen vielmehr bei einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle die künftigen Rechtsbeziehungen einseitig vorweg festgelegt werden.

Wie die Ausführungen im 2. Teil, Abschnitt I, gezeigt haben, ergibt eine tatsächliche Untersuchung, daß diese Prämisse für den Regelfall einer Publikumspersonengesellschaft voll und ganz zutrifft. Über den Gesellschaftsvertrag finden kei-

---

1) BGHZ 64, 238 ff.

2) Diese zutreffende Begriffsbildung stammt von Martens, JZ 1976, 511 ff.

ne Verhandlungen statt, sondern es wird dem Beitrittswilligen ein fertig vorformuliertes Vertragswerk vorgelegt. Nur zu diesen Bedingungen kann er abschließen, will er dies nicht, muß er von einem Beitritt absehen. Die einzige Einflußmöglichkeit, die festzustellen war, war die Höhe der Einlage (über die Mindesteinlagen hinaus) und damit zusammenhängend, ob er unmittelbar oder über einen Treuhänder sich beteiligte. Punkte, die auf die angemessene Ausgestaltung seiner Rechtsstellung ohne Einfluß waren.

Schulte[1] ist zwar der Auffassung, die Motivation der Gründungsgesellschafter bei Abfassung des Gesellschaftsvertrags sei durchaus verschieden von der Abfassung von AGB, den Gründungsgesellschaftern müßte aus Gründen der Praktikabilität, aber vor allem des Gesellschaftsfriedens daran gelegen sein, die beitretenden Anlagegesellschafter gleich zu behandeln. Eine derartige Situation sei bei einem Unternehmen gegenüber der Vielzahl seiner Kunden bei der Aufstellung von AGB nicht gegeben.

Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob hier tatsächlich eine andersartige Situation besteht. Bei AGB und bei Massengesellschaftsverträgen ist vielmehr die Situation insoweit dieselbe, als für eine einheitliche Behandlung der Vertragspartner Gründe der Rationalisierung und der Praktikabilität sprechen[2].

---

1) Schulte, aaO.

2) Ansonsten sind in Individualgesellschaftsverträgen Sonderregelungen für einzelne Gesellschafter genau so möglich und verbreitet wie es Einzelausgestaltungen bei Individualaustauschverträgen gibt. Im übrigen lassen sich auch bei Massengesellschaftsverträgen durchaus auch einige Punkte anführen, wo eine unterschiedliche Behandlung von Anlagegesellschaftern ohne schädliche Rückwirkungen bleiben kann. Es dürfte z. B. nichts entgegenstehen, wenn die Ersatzansprüche eines Anlagegesellschafters in sechs Monaten verjähren, die eines anderen in neun Monaten oder ob ein Gesellschafter nach fünf Jahren kündigen kann, ein anderer nach acht Jahren.

Das ist bei AGB und bei Massengesellschaftsverträgen grundsätzlich nicht anders. Aus diesem Zwang zur Einheitlichkeit folgt jedoch in beiden Fällen keine Notwendigkeit und keine Rechtfertigung, die Einheitlichkeit oder "Gleichbehandlung" in der Weise durchzuführen, daß die rechtlichen Interessen einer Vertragsseite konsequent vernachlässigt werden.

Es dürfte im übrigen wenig realistisch sein, den Gründungsgesellschaftern bei der Abfassung der Gesellschaftsvertragsformulare die Motivation zu unterstellen, es ginge ihnen vor allem um den Gesellschaftsfrieden. Die Art und Weise, wie die Gründungsgesellschafter die damit verbundene Gestaltungsmacht in ihrem Interesse ausnutzen, zeigt, daß hier das Hauptmotiv liegt, durch eine vorweggenommene, nicht mehr verhandlungsfähige Regelung dafür zu sorgen, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaftsgründern einerseits und den Anlagegesellschaftern andererseits möglichst einseitig zugunsten der ersteren ausgestaltet werden. Der von Schulte angesprochene Gesellschaftsfrieden ist daher auch in den seltensten Fällen wohl eingetreten.

Es kann also festgestellt werden, daß die Ausgangslage bei AGB und Massengesellschaftsvertrag hinsichtlich Motivation und sachlicher Rechtfertigung durchaus vergleichbar ist.

2) Überlegenheit des Verwenders

Schutzbedürftigkeit des Unterzeichners

Der BGH geht zwar auf den Gesichtspunkt des Schutzes des Anlagegesellschafters[1] nur insofern ein, als er feststellt, daß eine unerfahrene, ungewandte, intellektuell unterlegene Person der wirtschaftlichen Macht des Verwenders ausgesetzt sei und deshalb zum Schutz der Anlagegesellschafter ein Bedürfnis bestehe, dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit zu begegnen. Dies zeigt aber, daß der BGH auch insoweit von einer "Ähnlichkeit" mit der Situation bei AGB ausgeht. Anders als Schulte kann auch tatsächlich nicht von einer grundsätzlich anderen Situation gesprochen werden.

Schulte meint, typischerweise sei der beitretende Anlagegesellschafter zeitlich in der Lage, den Vertrag zu lesen und er sei auch durch nichts gehindert, sich über den Vertragsinhalt juristisch beraten zu lassen. Diese Möglichkeiten bestehen zwar theoretisch bei AGB genauso wie bei Gesellschaftsverträgen, sind jedoch praktisch aus vergleichbaren Gründen nahezu ausgeschlossen. Zum zeitlichen Moment wurde bereits berichtet, daß der beitrittswillige Anleger unter Zeitdruck gesetzt wird. Einerseits durch den Hinweis auf einen bevorstehenden Steuertermin, andererseits durch die angebliche Gefahr, daß die Anlage bald überzeichnet sei.

---

1) Zum Schutz des Unterzeichners bei AGB lies Lindacher, Richterliche Kontrolle von AGB und Schutzbedürftigkeit BB 1972, 297; Weitnauer, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975; Nicklisch, Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1974, 941 ff (943); Fikentscher: Vertrag und Wirtschaftsmacht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1971, 413 ff.

Der Anleger unterzeichnet also in aller Regel unmittelbar im Anschluß an das Beratungs- (= Kauf-)gespräch oder gar nicht. Ein Durchlesen in Ruhe kommt also ebensowenig vor wie bei AGB.

Ebenso steht es mit der Möglichkeit, sich juristisch beraten zu lassen. Dies wird durch den Zeitdruck schon nahezu ausgeschlossen. Außerdem werden bei der Beratung durch den Anlageberater die wirtschaftlichen und steuerlichen Probleme in den Vordergrund gestellt. Für juristische Detailfragen des Gesellschaftsvertrags ist kein Problembewußtsein vorhanden und ein solches wird auch nicht geweckt. Es wird allenfalls noch ein Steuerberater hinzugezogen, der sich ebenfalls mehr auf die steuerliche und wirtschaftliche Seite konzentrieren wird.

Aber auch wenn der Anleger sich alle juristischen Konsequenzen klar machen könnte, bliebe ihm nichts anderes übrig, als sich zwischen Unterschreiben und Nichtunterschreiben zu entscheiden. Das ist jedoch nur der eine Aspekt der Vertragsfreiheit. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH[1] muß aber auch die Möglichkeit bestehen, auf den Inhalt des Vertrags einzuwirken, wenn eine Inhaltskontrolle ausgeschlossen sein soll[2].

Auf den ersten Blick mag es etwas überzogen sein, von den Anlegern als unerfahren, ungewandt, intellektuell und wirtschaftlich unterlegen zu sprechen. Denn es handelt sich in der Regel um Ärzte, Kaufleute, Anwälte etc., also Gebildete, die bisher gewandt genug waren, so viel Geld sich zu verschaffen, daß sie es unter steuerlichen Gesichtspunkten wieder anlegen müssen. Man muß jedoch diese Eigenschaften auf

---

1) BB 1977, 315 mit Anm. Trinkner.
2) Schneider, ZGR 1978, 8.

die konkrete Situation beziehen. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen sind derartig kompliziert, daß sie spezielles Wissen und Erfahrung voraussetzen. Diese sind beim Anleger nicht vorhanden, wohl aber beim Anbieter. Auch hier greift daher der Gesichtspunkt ein, daß der Überlegene seinen Vorsprung nicht durch eine einseitige Gestaltung ausnützen darf[1].

3) Äußere Form und Präsentation des Gesellschaftsvertrags

Auch hier lassen die rechtstatsächlichen Beobachtungen eine deutliche Parallele zu AGB erkennen. Diese werden dem Kunden meist als "Formalität" zur Unterzeichnung vorgelegt. Sie sind "klein gedruck", befinden sich auf der Rückseite oder in beigefügten Anlagen. Sie sind umfangreich, unübersichtlich, abstrakt gefaßt mit vielen unverständlichen Rechts- und Fachbegriffen durchsetzt. Das Schriftbild ist monoton, Wichtiges und Unwichtiges sind nicht getrennt. Es ist viel Selbstverständliches wiedergegeben, so daß der Leser zunächst kein Mißtrauen schöpft. Die Beschränkung eines Rechts wird sprachlich als Einräumung eines Rechts gefaßt u. a. m..

Mit ähnlichen Methoden wird bei Gesellschaftsvertragsbedingungen gearbeitet. Der Gesellschaftsvertrag wird meist auf der letzten Seite des Werbeprospekts abgedruckt. Während vorher in bunter Farbe und großen Buchstaben das Projekt angepriesen und Renditeerwartungen hochgeschraubt werden, ist der Gesellschaftsvertrag in bescheidenem Schwarz-Weiß-Kleindruck wiedergegeben. Hinzu kommt oft eine verwirrende Vielfalt von Formularen, die der Anleger unterzeichnen

---

1) Davon zu unterscheiden ist das rechtspolitische Problem des Anlegerschutzes, siehe hierzu Einleitung, Ziff. 2).

muß: Beitrittserklärung BGB-Vertrag, Beitrittserklärung Stiller Gesellschaftsvertrag, Treuhandvertrag, Vollmacht etc.. Der normale Anleger kann dabei kaum erkennen, welche Rechtsbeziehungen nun wirklich bestehen, wem gegenüber er welche Rechte und Pflichten hat.

4) Einwände gegen eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen

Man kann also kaum ernsthaft bezweifeln, daß die Ausgangslagen bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Massengesellschaftsverträgen vergleichbar sind. Die Kritik an der Rechtsprechung des BGH bezieht sich jedoch vor allem darauf, daß die Austauschverhältnisse, für die AGB verwendet werden und die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter einer Personengesellschaft, auch wenn für diese Standardverträge verwendet werden, von vornherein so ungleichartig sind, daß die Übertragung der bei der Inhaltskontrolle von AGB entwickelten Grundsätze kaum möglich sei. Ferner wird bezweifelt, ob die richterliche Inhaltskontrolle hier überhaupt ein taugliches Mittel sein kann, um einen effektiven Anlegerschutz zu betreiben. Auf diese gewichtigen Bedenken wird im einzelnen einzugehen sein.

a) Besondere Natur des Gesellschaftsverhältnisses

In dem vom BGH entschiedenen Fall hat die Revisionsbegründung darauf hingewiesen, daß bei AGB immer zwei Personen betroffen seien, die eine, die die Geschäftsbedingungen aufgestellt habe und die andere, die hierdurch geschädigt sei. Der Gesellschaftsvertrag betreffe jedoch auch Personen, die zwar durch die Vertragsbedingungen begünstigt seien, andererseits aber die Vertragsgestaltung nicht zu verantworten hätten,

weil sie nicht daran mitgewirkt hätten, sondern erst später der Gesellschaft beigetreten seien und vielleicht gerade auf die Rechtsbeständigkeit der für sie günstigen Bestimmungen vertraut hätten.

Damit im Zusammenhang steht auch die Feststellung von Martens[1)], bei der Gesellschaft bestünde eine ambivalente Interessenstruktur, es sei im Einzelfall durchaus möglich, daß sich fragliche Regelungen zugunsten des einen zulasten des anderen auswirken würden. M. E. können diese Gesichtspunkte nicht prinzipiell eine Inhaltskontrolle ausschließen, wohl aber sind sie im Einzelfall bei der Billigkeitskontrolle durchaus zu berücksichtigen und können eine Inhaltskontrolle einschränken.

Das Problem der Ambivalenz ist in der Praxis dieser Massengesellschaften keineswegs so weitreichend, wie es Martens andeutet. Diese Ambivalenz läßt sich in den meisten Fällen auf einen Interessenkonflikt zwischen Gründergesellschafter/Geschäftsführung einerseits und den Anlagegesellschaftern andererseits in ihrer Gesamtheit reduzieren. Gerade bei solchen Massengesellschaften, in die alle Anleger unter den gleichen formularmäßigen Bedingungen eingetreten sind, haben sie auch gleiche Interessen. Dies gilt vor allem für den Bereich Kontrolle und Abberufbarkeit der Geschäftsführung, durchsetzbare Haftungsansprüche gegen die Gesellschaft, demokratische Gesellschafterversammlung u. a..

Natürlich gibt es auch Problembereiche, wo zwischen den Anlagegesellschaftern Interessenwidersprüche auftreten können. Dies gilt hauptsächlich für die Regelung der Abfindungsansprüche von ausscheidenden Gesellschaftern und für den Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts. Für einen ausschei-

---

1) Martens, JZ 1976, 514.

dungswilligen Gesellschafter wäre es wichtig, jederzeit kündigen zu können, einen möglichst hohen und sofort fälligen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben zu erhalten. Das Interesse der verbleibenden Gesellschafter ist darauf gerichtet, einen bedrohlichen Kapitalabfluß zu verhindern und daher schon von vornherein durch eine entsprechende Ausgestaltung der Abfindungsbestimmungen die Flucht aus der Gesellschaft nicht zu begünstigen.

Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags läßt sich jedoch noch keineswegs voraussagen, wer aufgrund bestimmter Entwicklungen einmal zur einen oder zur anderen Gruppe gehören wird. Eine Inhaltskontrolle soll dann in keiner Weise dazu führen, einseitig die Interessen der ausscheidungswilligen Gesellschafter zu begünstigen, sondern sie hat nur die Aufgabe zu verhindern, daß Abfindungsklauseln so gestaltet sind, daß sie ein Ausscheiden wirtschaftlich unzumutbar und damit praktisch unmöglich machen.

Ähnliches gilt für die Problematik von Klauseln, die das ordentliche Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeitdauer ausschließen. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages kann dies für jeden Gesellschafter potentiell von Vor- oder Nachteil sein, je nachdem, ob er einmal zu den Kündigungswilligen oder den an ihrer Beteiligung festhaltenden Gesellschaftern gehören wird. Auch hier kann es nicht darum gehen, über die Inhaltskontrolle Kündigungsbeschränkungen auf einen bestimmten (möglichst kurzen) Zeitraum zu reduzieren[1)], sondern extrem lange Beschränkungen, die von der

---

1) Anders offenbar Gersch, Die Grenzen zeitlicher Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, BB 1977, 871 ff. Er will bei nicht frei ausgehandelten Kündigungsbeschränkungen die Höchstkündigungszeit auf fünf Jahre beschränken (entspr. §§ 39 BGB, 65 GenG), 874.

Art des betriebenen Unternehmens her nicht gerechtfertigt sind, auf ein im Einzelfall angemessenes Maß zu reduzieren[1].

Die Ausführungen zu den Problemen bei Abfindungs- und Kündigungsklauseln haben gezeigt, daß es auch durchaus unter den Anlagegesellschaftern während des Bestehens des Gesellschaftsvertrages zu unterschiedlichen Interessen kommen kann und daß es vorkommen wird, daß die Interessen von Gründergesellschaftern/Geschäftsführern gleichlaufen mit denen der verbleibenden Gesellschaftern gegenüber denjenigen, die ausscheiden wollen. Dies kann es jedoch nicht rechtfertigen, daß eine bestimmte Gesellschaftergruppe in ihren Rechten unangemessen beschränkt wird.

Gegen die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle läßt sich daraus also nichts herleiten.

Gegen die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle kann auch nicht sprechen, daß bei solchen Massengesellschaften die Personen, die die gesellschaftsvertraglichen Formulierungen festgelegt haben, nicht identisch sein müssen mit denjenigen, die durch sie begünstigt werden. Dies ändert nämlich nichts an dem entscheidenden Gesichtspunkt, daß diejenigen, die durch eine einseitige Klausel benachteiligt sind, an der Formulierung nicht mitwirken konnten. Als Alternative müßte man sonst den Satz aufstellen, daß derjenige, der die unangemessenen Formulierungen nicht zu verantworten hat, sich auf sie berufen könne. Davon abgesehen, daß diese Argumentation naheliegenden Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor öffnen würde,

---

1) Eine solche feste Grenze läßt sich m. E. gerade bei Gesellschaften der hier behandelten Art nicht festlegen. Man denke insbesondere an Bauprojekte, die von vornherein auf einen längeren Zeitraum projektioniert werden müssen. Es wäre also hier zumindest der Vorbehalt zu machen, daß für einen längeren Kündigungsausschluß als fünf Jahre ein besonderes sachliches Interesse bestehen muß.

würde sie dem Schutzgedanken der Inhaltskontrolle in keiner Weise gerecht werden.

Auch das AGB-Gesetz stellt im übrigen nicht darauf ab, wer die Vertragsbedingungen aufstellt oder wer am Vertragsschluß beteiligt ist, sondern darauf, wer die Bedingungen verwendet. Derjenige, der sie verwendet, muß für eine inhaltliche Ausgewogenheit sorgen, die davon völlig unabhängig ist, welche Personen im Einzelfall in dem Vertragsverhältnis beteiligt sind.

Gegen die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle spricht auch nicht die Berücksichtigung etwaiger Interessen Dritter. In keiner der fraglichen Klauseln[1] sind die Interessen Dritter (vor allem Gläubiger) unmittelbar Gegenstand der Regelung, sondern werden allenfalls reflexartig berührt, z. B. in der Weise, daß hohe Abfindungsansprüche ausscheidender Gesellschafter die Haftungsgrundlage für Gläubiger schmälern können. Solche mittelbaren Auswirkungen sind jedoch keineswegs nur für Massengesellschaften typisch, sondern sind genauso bei Individualgesellschaften feststellbar. Was die mittelbaren Außenrechtsbeziehungen anbelangt, ist auch die Inhaltskontrolle an die vom Gesetz und der Rechtsprechung gezogenen Grenzen gebunden[2].

Ein weiteres Bedenken gegen die Übertragung der bei der Kontrolle von AGB angewendeten Grundsätze auf Gesellschaftsverträge könnte man vordergründig darin sehen, daß die dort erfaßten Klauseln regelmäßig bloße Nebenbestimmungen seien, während man bei gesellschaftsvertraglichen Regelungen allen-

---

1) Vgl. oben, 2. Teil, Abschnitt III.

2) Das gilt insbesondere für die Unzulässigkeit einer rückwirkenden Anfechtung.

falls ausnahmsweise von Nebenbestimmungen sprechen könne[1]. Die richtige Fragestellung muß jedoch nicht lauten, ob man auch in Gesellschaftsverträgen bei einzelnen Klauseln durchaus von Nebenbestimmungen in diesem Sinne reden könnte[2], sondern ob einzelne der Inhaltskontrolle unterworfene Klauseln überhaupt aus dem Gesellschaftsvertrag abtrennbar sind, ohne das Gesamtgefüge des Gesellschaftsvertrages zu zerstören. Bei den hier angeführten Klauseln[3] kann eine solche "Rückwirkung" jedoch nicht festgestellt werden, gleichgültig, ob man diese als Nebenbestimmungen qualifiziert oder nicht. Sollte sie im Einzelfall doch bestehen, ist die Inhaltskontrolle als Richterrecht beweglich genug, derartige Interessen in den Kontrollvorgang miteinzubeziehen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß das gesellschaftsrechtliche Verhältnis gegenüber einem Rechtsverhältnis, für das gewöhnlich AGB verwendet zu werden pflegen, durchaus Besonderheiten aufweist. Die Besonderheiten führen jedoch nicht dazu, eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen schlechthin auszuschließen, sondern sie bedeuten lediglich, daß die Inhaltskontrolle im einzelnen die Besonderheiten berücksichtigen muß.

b) Tauglichkeit und Grenzen der Inhaltskontrolle als Mittel des Anlegerschutzes

Die BGH-Entscheidung[4] ist zwar grundsätzlich auf allgemeine Zustimmung gestoßen, jedoch wurden auch verschiedene Zwei-

---

1) So Martens, JZ 1976, 511, 514.
2) Beispiele für solche bei Schneider, ZGR 1978, 10.
3) Vgl. oben, 2. Teil, Abschnitt III..
4) BGHZ 64, 238 ff.

fel daran geäußert, ob die Inhaltskontrolle generell geeignet und das richtige Instrument ist, die Stellung des Anlagegesellschafters im erforderlichen Maße zu verbessern.

So meint etwa Schwark[1], daß dem Kapitalanleger nur in beschränktem Umfang durch Richterrecht geholfen werden könne. In dieser Richtung gehende Bemühungen könnten nur Auswüchse der gesetzlich zugelassenen und von der Kautelarjurisprudenz legitimerweise genutzten Gestaltungsfreiheit beseitigen und stießen recht bald an die Grenze der im Interesse einer einzelfallgerechten Unternehmensverfassung zu schützenden Vertragsfreiheit.

Ähnlich äußert sich Westermann[2], dem es weder um der Rechtsfortbildung willen noch im Interesse praktikabler Handhabung der privatrechtlichen Organisationsformen sinnvoll erscheint, den "Erfindungsgeist der Kautelarjurisprudenz zu lähmen".

Schulte[3] stellt die Frage, wo es im Gesellschaftsrecht weitere Fallgruppen gäbe, bei denen der Vertragsschluß-Mechanismus keine Richtigkeitsgewähr biete. Dabei sei aber mit aller Vorsicht zu operieren. Bei Gesellschaftsverträgen, denen ein Dauerschuldverhältnis zugrundeliege, seien die Grundsätze der Inhaltskontrolle nur mit besonderer Zurückhaltung anzuwenden.

Martens[4] stellt gar ausdrücklich fest, bei näherer Betrachtung erweise sich eine Inhaltskontrolle von Gesell-

---

1) Schwark, ZGR 1976, 292.
2) Westermann, AcP 175, 1975.
3) Schulte, ZGR 1976, 103.
4) Martens, JZ 76, 514.

schaftsverträgen "als weitgehend ineffektiv". Allgemeine Gesellschaftsvertragsbedingungen ließen sich nur ausnahmsweise als jeweilige Einzelregelungen beurteilen und als solche für unwirksam erklären. Vom BGH sei ein typischer Ausnahmefall zu beurteilen gewesen. Die Klauseln, um die es dort ging, hätten ohne tiefgreifende Folgen für den Gesellschaftsvertrag separat beurteilt werden können. Martens kommt zu dem Ergebnis: "Die vom BGH betriebene Inhaltskontrolle kann also, so sehr sie im Einzelfall auch berechtigt ist, doch nur Randkorrekturen ermöglichen, nicht aber einen gerechten Gesellschaftsvertrag durchsetzen".

Diesen Bedenken soll die These entgegengesetzt werden: Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen hat zwar einen beschränkten Anwendungsbereich; in diesem Rahmen trägt sie aber wesentlich zur Verbesserung der Rechtsstellung des Anlagegesellschafters bei und besitzt insoweit ein Höchstmaß an Effizienz.

- Der von Martens erhobene Anspruch "einen gerechten Gesellschaftsvertrag durchzusetzen", geht in dieser Form zu weit. Es läßt sich mit dem Gedanken der Vertragsfreiheit im Recht der Personengesellschaften nicht vereinbaren schlechthin die Durchsetzung eines gerechten Gesellschaftsvertrag zu verlangen. Die vom Gesetz gewährleistete Vertragsfreiheit läßt sich durch richterliche Entscheidungen nur "korrigieren", nicht beseitigen. Es kann nicht darum gehen, entgegen der Konzeption des Gesetzgebers ein detailliertes Modell eines Gesellschaftsvertrags zu entwerfen und alle Abweichungen hiervon als ungerecht zu erklären.

- Die Ausrichtung der Inhaltskontrolle an den Kriterien Angemessenheit/Billigkeit macht sie besonders geeignet, die komplexen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu berücksichtigen und die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen. Gerade sie beurteilt die einzelnen Klauseln in ihrem Zusammenhang und Zusammenwirken und vermeidet eine schablonenhafte Beurteilung einzelner Klauseln als wirksam oder unwirksam.

- Daß es sich bei dem der BGB-Entscheidung zugrundeliegenden Fall um einen Ausnahmefall gehandelt haben soll, kann aufgrund der rechtstatsächlichen Erhebungen leider nicht festgestellt werden. Es gibt eine ganze Reihe solcher "typischer" Ausnahmefälle. Dabei handelt es sich auch keineswegs um "Randkorrekturen". So können versteckte Nachschußklauseln oder kann eine manipulierte Gesellschafterversammlung für den Anleger eine entscheidende Bedeutung haben. Das Maß der Gerechtigkeit eines Gesellschaftsvertrags setzt sich nur aus vielen Detailregelungen zusammen. Diese sind in verschiedenen Klauseln enthalten, die dann durchaus trennbar sind.

- Wie die Rechtsprechung zu den AGB und jetzt auch das neue AGB-Gesetz erwiesen haben, ist es möglich, im Laufe der Zeit Fallgruppen für kontrollverdächtige Klauseln zu bilden. Es kann damit eher eine größere Rechtssicherheit erreicht werden, als mit den oft recht vagen Argumentationen der Lehre von der Typengesetzlichkeit, der Kernbereichslehre etc..

- Die insbesondere von Westermann, Schwark und Schulte geforderte Zurückhaltung - die übrigens auch vom BGH selbst ausgesprochen wird[1] - ist sicher ernst zu nehmen. Ins-

---

1) BGHZ 64, 238 (242).

besondere ist durch eine genaue Formulierung der Voraussetzungen, wann ein Gesellschaftsvertrag einer Inhaltskontrolle zu unterwerfen ist, dafür zu sorgen, daß diese nicht dazu benutzt werden kann, in ungerechtfertigter Weise die Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen einzuschränken[1]. Wenn man jedoch eine Reihe solcher Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften sorgfältig analysiert hat, fällt es schwer, hier Begriffe wie "Vertragskunst" oder "von der Kautelarjurisprudenz legitimerweise genutzte Gestaltungsfreiheit" mit Berechtigung verwendet zu sehen. Wenn faktische Gestaltungsmacht zur rücksichtslosen eigenen Interessendurchsetzung mißbraucht wird, ist es höchst fragwürdig, sich auf Vertragsfreiheit zu berufen. Kautelarjurisprudenz erfüllt nur dann ihre Funktion, wenn sie in den Händen eines neutralen auf Interessenausgleich ausgehenden Juristen (also im Regelfall eines Notars) liegt. Verträge der vorliegenden Art werden jedoch nur im Auftrag oder in Abhängigkeit von einer Seite vorformuliert. Kautelarjurisprudenz ist nur im Rahmen allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellungen zu schützen. Inhaltskontrolle ist ein geeignetes Instrument, sie am Verlassen dieses Rahmens zu hindern.

---

1) Siehe unten, Ziff. 5).

5) Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Gesellschaftsverträge von Massengesellschaften

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Übertragung der Grundsätze der Inhaltskontrolle von AGB auf Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften auch auf grundsätzlichen Widerspruch gestoßen ist. Vor allem Kautelarjuristen befürchten einen systemwidrigen Einbruch in ihre Gestaltungsfreiheit und eine ungerechtfertigte Verschiebung der Gestaltungsmacht zum Richter hin[1]. Diese Furcht geht jedoch offenbar von einem Leitbild einer Gesellschaft und einer Gesellschaftsform aus, von dem die hier behandelten Gesellschaften weit entfernt sind. Man muß sich noch einmal vergegenwärtigen, daß insbesondere Abschreibungsgesellschaften sozusagen nur zufällig die äußere Form einer Gesellschaft haben. Funktionell handelt es sich um nichts anderes, als daß zahlreiche Anleger ein Kapital zur Verfügung stellen, damit diese mit diesem innerhalb eines bestimmten Rahmens optimal wirtschaften. Im Grunde ist es so, daß die Anbieter hier eine Beteiligung an einer Gesellschaft verkaufen, wobei der Kaufvorgang und der Kaufgegenstand nach Maßgabe von Gesellschaftsvertragsbedingungen geregelt wird. Mit der Inhaltskontrolle wird dieses Phänomen in seiner tatsächlichen Funktion und nicht nur in seiner zufälligen formal-rechtlichen Erscheinungsform erfaßt.

Bereits im 1. Teil[2] wurden die Kriterien angegeben, nach denen eine solche Gesellschaft von einer herkömmlichen

---

1) Lies hierzu H. P. Westermann, AcP 175 (1975), 407 ff.
2) Ziff. 2).

Personengesellschaft zuverlässig abgegrenzt werden kann. Legt man diese Kriterien zugrunde, besteht keine Gefahr, daß die Inhaltskontrolle in unzulässiger Weise auf andere Gesellschaften ausgedehnt wird, bei denen der Vertrags-Mechanismus des Aushandelns nicht gestört ist und eine ausreichende Gerechtigkeitsgewähr bietet.

4. Teil

Maßstäbe für eine Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge von Publikumspersonengesellschaften

I.

Allgemeine Bewertungsmaßstäbe

Nachdem die Voraussetzungen für eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen formuliert und ihr Anwendungsbereich abgegrenzt wurde, ist es nun erforderlich, auf die Maßstäbe einzugehen, die einer solchen Inhaltskontrolle zugrundezulegen sind. Da die Inhaltskontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt wurde und auch heute dort noch ihr Hauptanwendungsbereich liegt, ist es naheliegend zu überprüfen, ob und inwieweit die dort herausgebildeten Maßstäbe, die seit 1.4.1977 im AGB-Gesetz niedergelegt sind, übertragen werden können. Dabei ist vorab klarzustellen, daß eine unmittelbare Übernahme der Vorschriften des AGB-Gesetzes schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil das AGB-Gesetz nach § 23 für Gesellschaftsverträge nicht gelten kann. Dadurch ist jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, die aus dem AGB-Gesetz ableitbaren Wertungsgesichtspunkte auch bei einer Kontrolle von Gesellschaftsverträgen heranzuziehen.

Als weitere Möglichkeit zur Entwicklung allgemeiner Maßstäbe, die für Publikumspersonengesellschaften in Betracht kommen, hat der BGH in seiner Ausgangsentscheidung[1] bereits die Heranziehung von Regelungen des AktG, GmbH-Gesetzes und des GenG angedeutet. Es kommen aber auch noch einzelne Vorschriften des BGB (aus dem Vereinsrecht und dem Recht der BGB-Gesellschaft) in Betracht, die deshalb in diese Überlegungen ebenfalls einbezogen werden müssen.

Vorher muß jedoch noch klargestellt werden, daß es nicht die Aufgabe der Inhaltskontrolle sein kann, anstelle des Gesetzgebers nunmehr ein in allen Einzelheiten ausformuliertes Leitbild für Publikumspersonengesellschaften zu schaffen. Es geht vielmehr nur darum, mit Hilfe einer Ausarbeitung von Bewertungsgesichtspunkten die äußeren Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei standardisierten Gesellschaftsverträgen festzulegen.

1) Die Regelung des AGB-Gesetzes als Modell

Die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz erklärt Bestimmungen für unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese Generalklausel bringt nichts anderes zum Ausdruck als den Grundgedanken der Inhaltskontrolle überhaupt. Sie kann daher auch der Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen vorangestellt werden.

Allerdings müßte man sie hier wie folgt abwandeln:

Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft, die die Anlagegesellschafter, die bei der

---

1) BGHZ 64, 238 ff.

Abfassung des Gesellschaftsvertrags nicht beteiligt waren, entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind unwirksam.

Die Formel muß deshalb abgewandelt werden, weil man hier nicht das Verhältnis Verwender und Vertragspartner als Ansatzpunkt wählen kann. Eine Benachteiligung ist gegenüber verschiedenen Personen und Organen möglich: persönlich haftender Gesellschafter, Beirat, Treuhänder, Geschäftsführer etc.. Diese müssen keine "Verwender" der Gesellschaftsvertragsbedingungen sein, ebensowenig wie sie Vertragspartner sein müssen. Soweit sie jedoch in einem Interessenwiderspruch durch eine einseitige Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags unangemessen zu Lasten der Anlagegesellschafter berücksicht sind, muß eine Überprüfung möglich sein[1].

Problematischer ist eine Übertragung der Vermutungsregelung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz. Denn diese geht davon aus, daß es sich bei dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis um einen gesetzlich bis in Einzelheiten geregelten Typus handelt (Beispiel: Kauf, §§ 433 ff BGB). Für eine Massengesellschaft besteht kein entsprechendes gesetzliches Leitbild. Auch wenn man die konkrete Gesellschaft an dem gesetzlichen Leitbild mißt, das für diejenige Rechtsform gilt, in die sie im gegebenen Fall gekleidet wurde, also z. B. die Kommanditgesellschaft als Regelfall, wird man feststellen, daß diese, zumindest was die hier in Frage stehenden Innenbeziehungen anbelangt, viel weniger ausführliche Regelungen enthält als z. B. das BGB über den Kaufvertrag. Dies liegt daran, daß der Gesetzgeber des HGB überhaupt kein in allen Einzelheiten festgelegtes Leitbild einer Personengesellschaft statuieren wollte, sondern davon ausging, daß die Gesellschafter die gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen entsprechend ihren je-

---

1) Im Ergebnis ebenso Schneider, ZGR 1978, 12.

weiligen individuellen Bedürfnissen, die sehr unterschiedlich sein können, regeln werden. Das HGB enthält deshalb nur grobe Strukturen, die eine Vielzahl verschiedener "Typen" zulassen. Da also z. B. eine Regelung über Ersatzansprüche gegen die geschäftsführende persönlich haftende Gesellschafterin und deren Verjährung fehlt, kann man von einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, die eine solche Haftung ausschließt, nicht sagen, sie weiche "von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" ab.

Scheidet also eine Heranziehung der Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz aus, ist zu überlegen, ob nicht die Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz herangezogen werden kann. Danach dürfen wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, nicht eingeschränkt werden, wenn sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährden. Auf die Fälle einer Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen könnte man diese Formel dahin abwandeln, daß wesentliche Rechte oder Pflichte, die sich aus der Natur des Gesellschaftsverhältnisses ergeben, nicht eingeschränkt werden dürfen, wenn dies die Schutzbedürfnisse der Anlagegesellschafter gefährden würde.

Es bietetsich ferner an, auch die Klauselbeispiele der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz daraufhin anzusehen, ob sie einer entsprechenden Anwendung zugänglich sind. Dabei ist jedoch große Zurückhaltung geboten. Es darf nicht übersehen werden, daß die verschiedenen häufig gebrauchten Klauseln nicht gesondert betrachtet werden dürfen. Die Angemessenheit einer einzelnen Klausel kann man nur beurteilen, wenn man sie in ihrem gesellschaftsrechtlichen Gesamtzusammenhang sieht.

Aus diesem Grund scheidet es m. E. von vornherein aus, wie § 11 AGB-Gesetz Klauseln aufzuführen, die ohne Wertungsvorbehalt nichtig sind. Die in §§ 10 und 11 AGB-Gesetz genann-

ten Klauseln können also nur eine Anregung sein, ähnliche Klauseln in Gesellschaftsverträgen daraufhin zu überprüfen, ob sie in dem konkreten Zusammenhang, in dem sie stehen, auf vergleichbare Bedenken stoßen oder ob nicht andere Regelungen im Gesellschaftsvertrag einen Ausgleich herbeiführen[1].

2) Weitere gesetzliche Regelungen

als Bewertungsmaßstab

a) BGB

aa) Vereinsrecht

Wie Großfeld nicht ohne Berechtigung festgestellt hat[2], weisen solche Gesellschaften wesentlich vereinsmäßige Züge auf. Es ist deshalb naheliegend, vereinsrechtliche Vorschriften vergleichsweise heranzuziehen. Schneider[3] verweist auf die Vorschrift des § 32 Abs. I S. 2 BGB, wonach es zur Beschlußfassung der Mitgliederversammlung erforderlich ist, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet sein muß. Wer sich aufgrund der ihm vorliegenden Tagesordnung dafür entscheidet, einer Versammlung fernzubleiben, muß sich darauf verlassen können, daß über Punkte, die auf der Tagesordnung nicht aufgeführt sind, auch keine Beschlußfassung erfolgt. Dies ist ein Grundsatz, der für Vereine und Gesellschaften gleich

---

1) Eine solche Überprüfung fordert der BGH in seiner Entscheidung vom 4.7.1977 (NJW 1977, 231 I, 2313) am Ende ausdrücklich.

2) Großfeld, 48 ff.

3) Schneider, ZGR 1978, 22.

welcher Art als selbstverständlich gelten muß[1]. Bei Regelungen in Gesellschaftsverträgen, die diesen Grundsatz berühren, kann also durchaus auf § 32 BGB zurückgegriffen werden[2].

Gersch[3] hat auch für die Festlegung einer Kündigungshöchstdauer § 39 BGB zur Grundlage einer entsprechenden Bewertung von Kündigungsausschlüssen in Gesellschaftsverträgen gemacht. Auch wenn dies im konkreten Fall äußerst problematisch sein dürfte[4], zeigt dies doch eine weitere Anwendungsmöglichkeit auf.

bb) Recht der BGB-Gesellschaft

Aus dem Bereich der für die BGB-Gesellschaft geltenden Vorschriften (die nach §§ 105 II, 161 II HGB auch für OHG und KG gelten) wäre etwa auf § 707 BGB hinzuweisen, wonach die Gesellschafter zu einer Erhöhung der vereinbarten Einlage nicht verpflichtet sind. Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen, die verstecke Nachschußpflichten enthalten[5], können auf dem Hintergrund der Schutzregelung des § 707 BGB möglicherweise unwirksam sein.

---

1) Für Aktiengesellschaften Geßler, AktG-Kommentar, § 108, Anm. 16.

2) So auch Gersch, 874.

3) Gersch, aaO.

4) Dazu oben 3. Teil, Abschnitt IV., Ziff. 4).

5) Vgl. oben, 2. Teil, Abschnitt III., Ziff. 4).

Ähnliches gilt für Abänderungsklauseln, die entgegen der grundsätzlichen Regelung des § 738 BGB nur auf den Buchwert abstellen und den Verkehrswert unberücksichtigt lassen[1].

b) AktG, GmbHG und GenG

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 14.4.1975 ausdrücklich auf die Vorschriften des Aktienrechts, GmbH-Rechts und Genossenschaftsrechts verwiesen, um die von ihm gezogene Grenze für die Abkürzbarkeit von Verjährungsfristen für Haftungsansprüche gegenüber der Geschäftsführung zu rechtfertigen (im einzelnen: §§ 93 Abs. 2, 116 AktG, § 52 Abs. 3 GmbHG und § 41 i. V. mit § 34 Abs. 6 GenG).

In seiner Entscheidung vom 4.7.1977 hat der BGH hinsichtlich der Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern einer Publikumspersonengesellschaft eine entsprechende Anwendung der §§ 116, 93 AktG bejaht und dabei den Satz aufgestellt, daß bei solchen Massengesellschaften ebenso wie bei der AG das Bedürfnis bestehe, zum Schutz der Kommanditisten und auch im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung in ähnlicher Weise auszugestalten wie bei der AG. Dieser Satz läßt sich dahingehend verallgemeinern, daß es der erwähnte Schutzgedanke erfordert, generell die Bestimmungen solcher Gesellschaftsverträge darauf zu überprüfen, inwieweit eine ähnliche Interessenlage gegeben ist wie bei der AG und deshalb die entsprechenden Schutzvorschriften des AktG herangezogen werden müssen. Dies wird ebenfalls für die entsprechenden Vorschriften des GmbHG und des GenG gesagt werden können.

---

1) Zu diesem Problem grundsätzlich Heyse, Grenzen der Buchwertabfindung, Festschrift Schiedermair, 1976, 271 ff.

Auf verschiedene Vorschriften, die für eine solche entsprechende Anwendung in Betracht kommen, hat Schneider[1] bereits hingewiesen. So für die Problematik von In-sich-Geschäften auf §§ 89, 112 AktG, 35 GmbHG, für Regelungen über die Tätigkeitsvergütung § 87 AktG, § 122 Abs. 2 AktG bezüglich der Möglichkeit, Änderungen der Tagesordnung zu beantragen, § 134 Abs. 3 AktG bezüglich der unausschließbaren Möglichkeit, Stimmrechte auf Bevollmächtigte zu übertragen, § 136 III AktG wegen einer möglichen Unwirksamkeit von Klauseln, die das Abstimmungsverhalten der Gesellschafter einer Weisung unterwerfen, § 122 AktG hinsichtlich der Voraussetzungen für die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung u. a. m..[2]

---

1) Schneider, ZGR 1978, 18 ff.

2) Weist, 749 ff (768) hält eine weitgehende Übernahme der Grundsätze der AG auf die Massengesellschaften durch den Gesetzgeber für erforderlich.

II.

Überprüfung einzelner Klauseln

Nachdem nunmehr die Möglichkeiten aufgezeigt wurden, wie man die Bewertungsgesichtspunkte für eine Inhaltskontrolle gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen gewinnen kann, stellt sich die Frage, ob man, wie es insbesondere Schneider[1] versucht hat, auf dieser Grundlage einen Katalog möglicherweise unwirksamer Klauseln aufzustellen.

Hier stellt sich jedoch erneut die Frage, auf die schon im Zusammenhang mit einer Übertragung der Klauselbeispiele in §§ 10 und 11 AGB-Gesetz hingewiesen wurde[2], ob dies wegen der Komplexität gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse möglich ist, d. h. einzelne Klauseln abstrakt ohne Rücksicht auf ihre Stellung im Gesellschaftsvertrag zu beurteilen. Der BGH hat sich in den besprochenen Entscheidungen eingehend mit den konkret vorliegenden Gesellschaftsverträgen auseinandergesetzt. In der Entscheidung vom 4.7.1977 ist ausdrücklich festgestellt, man müsse überprüfen, ob nicht einer Übernahme der Regeln und Grundsätze aus anderen Rechtsbereichen (hier: dem AktG) die konkrete Ausgestaltung des zu beurteilenden Gesellschaftsverhältnisses entgegenstehe[3].

---

1) Schneider, ZGR 1978, 16 ff.
2) Siehe oben, 4. Teil, Abschnitt I., Ziff. 1).
3) NJW 1977, 2311, 2313.

Ferner spricht gegen ein solches Vorgehen auch die vom BGH in der Entscheidung vom 14.4.1975 zu Recht angestellte Überlegung, daß in die Abwägung nach Treu und Glauben auch ein Vertrauensschutz solcher Beteiligter, die an der Formulierung des Gesellschaftsvertrags nicht beteiligt waren, einzubeziehen sei. Auch wenn in dem konkreten Fall dieser Überlegung sehr viel geringeres Gewicht beigemessen wurde als der Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft und der Kommanditisten, ist dies doch ein Gesichtspunkt, der immer zu berücksichtigen ist und der gegen eine herausgelöse Beurteilung einzelner Klauseln spricht.

Auch Schneider macht deshalb den Vorbehalt[1], daß man einzelne Klauseln nur in ihrem Zusammenhang beurteilen dürfe und er versteht seine Einzeluntersuchungen so, daß die von ihm angeführten Klauseln "in der Regel" als unangemessen zu beurteilen sein dürften. Ein solcher Vorbehalt dürfte jedoch die Überlegungen zu bestimmten häufig verwendeten Klauseln entwerten.

Dies läßt sich an Beispielen erläutern. Schneider stellt z. B. fest, daß eine vorbehaltlose Befreiung der Geschäftsführung von den Beschränkungen des § 181 BGB unwirksam sei, zumindest wenn nicht festgelegt sei, daß die Kommanditisten von den Eigengeschäften informiert wurden. Den Bedürfnissen der Kommanditisten wäre aber genauso gedient, wenn sie ein nachträgliches Informationsrecht erhalten und durchsetzbare Haftungsansprüche. Andererseits läuft eine solche Informationspflicht völlig leer, wenn Mitglied der KG nur ein von der Geschäftsführung bestimmter Treuhandkommanditist ist. Ebenso wenn das Informationsrecht zulässigerweise auf einen

---

1) Schneider, ZGR 1978, 17.

Beirat übertragen wird, der vom Komplementär abhängig ist oder demgegenüber der Kommanditist selbst nur beschränkte Informationsrechte hat.

Dieses Beispiel soll zeigen, daß es wenig sinnvoll ist, bestimmte Klauseln herauszugreifen und für unwirksam zu erklären, auch wenn dies aus Gründen der Rechtssicherheit sicher sehr wünschenswert wäre. Man müßte die Feststellung der Unwirksamkeit hier mit so vielen Einschränkungen und Vorbehalten versehen, daß letztlich ein exakte Festlegung nicht möglich erscheint. Wenn auch sicher nicht zu bestreiten ist, daß die Betrachtungsweise von Schneider zahlreiche Anregungen bringt, auf die der mit der Abfassung solcher Verträge befaßte Kautelarjurist oder der mit einer Inhaltskontrolle betraute Richter zu achten hat, soll hier aus diesem Grunde nicht der Versuch gemacht werden, eine Liste kontrollverdächtiger Klauseln aufzustellen, sondern es wird eine andere Verfahrensweise vorgeschlagen.

Wie die Ausführungen im 2. Teil, Abschnitt III., gezeigt haben, gibt es bestimmte Problembereiche, wo ein besonderes Schutzbedürfnis der Anlagegesellschafter typischerweise auftritt. Ausgehend von der oben entsprechend § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz entwickelten Formel, kann man für die Beschränkbarkeit von Rechten und Pflichten in standardisierten Gesellschaftsverträgen von Massengesellschaften folgende Grundregeln aufstellen:

Regelungen in solchen Gesellschaftsverträgen sind als gegen Treu und Glauben verstoßend unwirksam, wenn sie inbesondere

- Informations-, Kontroll- und Prüfungsrechte in einer Weise ausschließen oder beschränken, die dem Anlagegesellschafter eine wirksame Wahrnehmung seiner Interessen gegenüber der Geschäftsführung unmöglich oder unzumutbar machen;

- Haftungsansprüche gegenüber Personen oder Gesellschaften ausschließen oder beschränken, die für die Wahrnehmung der Interessen des Anlagegesellschafters verantwortlich sind;

- die Ausübung von Mitwirkungsrechten der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung in unsachlicher Weise behindern;

- den Gesellschafter in für ihn nicht erkennbarer Weise unmittelbar oder mittelbar zur Erhöhung seiner Einlage zwingen;

- das Ausscheiden eines Gesellschafters unzumutbar erschweren, sei es, daß die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung, ohne daß dies aufgrund der Verhältnisse der Gesellschaft gerechtfertigt wäre, für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen wird, sei es, daß Abfindungsansprüche in unzumutbarer Weise beschränkt werden.

Mit diesen Grundsätzen sind alle wesentlichen Interessen des Anlagegesellschafters erfaßt. Das spezielle Problem von Treuhand- und Beiratskonstruktionen braucht nicht besonders geregelt zu werden, da durch die vorstehenden Formulierungen nur auf die Sicht des Anlagegesellschafters abgestellt ist, ohne Rücksicht auf die gesellschaftsrechtliche Konstruktion im Einzelfall.

Zusammenfassung

Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen steht im Schnittpunkt zweier Problemkreise - einerseits dem Kapitalanlegerschutz als rechtspolitischem Problem, andererseits dem bestehenden Gesellschaftsrecht, dessen dogmatische Grundkonzeption zwar gewahrt, das aber auch neuen Entwicklungen angepaßt werden muß. Die rechtstatsächliche Analyse eines besonderen Phänomens dieser Entwicklung - die Publikumspersonengesellschaften mit standardisierten Massengesellschaftsverträgen - hat gezeigt, daß eine Verbesserung der Rechtsstellung einer besonderen Gruppe von Gesellschaftern, der Anlagegesellschafter, unerläßlich ist. Die grundsätzlich bestehenden Alternativen wurden aufgezeigt. Das sicher bald in Kraft tretende Vermögensanlagengesetz[1)] setzt am Vertrieb von Kapitalanlagen an, stellt Prospektpflicht, Prospektinhalt, Prospektprüfung und Prospekthaftung in den Vordergrund. Einen unmittelbaren Einfluß auf die gesellschaftsrechtlichen Probleme, insbesondere eine gerechte Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge, hat es nicht. Das Institut einer richterlichen Inhaltskontrolle erscheint hiernach geeignet, offen bleibende Schutzlücken im gesellschaftsrechtlichen Bereich zu schließen. Sie vermag zwar keine übergreifende Konzeption des Anlegerschutzes zu ersetzen, ist jedoch in ihrem beschränkten Anwendungsbereich unentbehrlich und von verläßlicher Effizienz.

Eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen läßt sich nur dann mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbaren und gerät nur dann nicht zum System unseres Gesellschafts-

---

1) Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens, Steder, Zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, AG 1978, 174; oben, S. 3 FN 1.

rechts in einen unlösbaren Widerspruch, wenn sowohl hinsichtlich des Typs der Gesellschaft als auch der Art des Gesellschaftsvertrags bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Hinsichtlich der Gesellschaft muß es sich um eine Publikumspersonengesellschaft handeln, die darauf angelegt ist, zur Kapitalansammlung eine bestimmte Vielzahl von Gesellschaftern aufzunehmen, die in der Öffentlichkeit geworben wurden und untereinander und zu den Unternehmensgesellschaftern in keinerlei persönlichen oder sachlichen Beziehungen stehen dürfen.

Der Gesellschaftsvertrag einer solchen Gesellschaft muß, um einer Inhaltskontrolle unterworfen werden zu können, von den Anlagegesellschaftern unterzeichnet worden sein, ohne daß sie auf die Gestaltung des Inhalts Einfluß nehmen konnten.

Liegen diese Voraussetzungen vor, bestehen keine prinzipiellen Bedenken, die Grundsätze der für Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelten und heute im AGB-Gesetz geregelten Inhaltskontrolle auch auf solche "Gesellschaftsvertragsbedingungen" von Massengesellschaften zu übertragen. Die unzweifelhaft besonderen Verhältnisse der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen gegenüber denjenigen, die gewöhnlich Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrundeliegen, schließen diese Übertragung nicht aus, sind aber bei der Anwendung der Inhaltskontrolle im einzelnen zu berücksichtigen.

Bei der Festlegung von Maßstäben für eine solche Inhaltskontrolle kann zunächst von einer in Anlehnung von § 9 AGB-Gesetz entwickelten Generalklausel ausgegangen werden:

Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft, die die Anlagegesellschafter, die bei der Gestaltung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags nicht betei-

ligt waren, entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind unwirksam.

Eine Ergänzung dieser Generalklausel durch einen Katalog typischerweise unbilliger Klauseln nach dem Modell der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz empfiehlt sich nicht. Die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse sind zu komplex, als daß man einzelne Klauseln ohne weiteres aus ihrem Gesamtzusammenhang lösen und einer gesonderten Beurteilung unterziehen könnte.

Trotzdem lassen sich gewisse Grundregeln aufstellen. Bestimmungen in solchen Gesellschaftsverträgen können unwirksam sein, wenn sie insbesondere

- Informations-, Kontroll- und Prüfungsrechte in einer Weise ausschließen oder beschränken, die dem Anlagegesellschafter eine wirksame Wahrnehmung seiner Interessen gegenüber der Geschäftsführung unmöglich machen oder unzumutbar erschweren;

- Haftungsansprüche gegenüber Personen oder Gesellschaftern ausschließen oder beschränken, die für die Wahrnehmung der Interessen des Anlagegesellschafters verantwortlich sind;

- die Ausübung von Mitwirkungsrechten der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung in unsachlicher Weise behindern;

- den Gesellschafter in für ihn nicht erkennbarer Weise unmittelbar oder mittelbar zur Erhöhung seiner Einlage zwingen;

- das Ausscheiden eines Gesellschafters unzumutbar erschweren.

Die für die Beurteilung einzelner Klauseln erforderlichen Bewertungsgesichtspunkte können in vorsichtiger Übertragung der Regelungen und Grundsätze anderer Rechtsgebiete gewonnen werden, wenn eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Solche Regelungen und Grundsätze sind vor allem im AktG, GmbHG und GenG, aber auch im BGB und AGB-Gesetz enthalten.

Lebenslauf

Ich bin am 3.1.1948 in Stuttgart als Sohn des Polizeibeamten Karl Schmid und dessen Ehefrau Maria Schmid geb. Moethe geboren und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Schulbesuch in Stuttgart und einer Ausbildung zum Bezirksnotar erwarb ich am 16.11.1971 durch eine Prüfung beim Kultusministerium Baden-Württemberg die Berechtigung zum Hochschulstudium.

Von 1972 bis 1974 studierte ich an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft. Am 18.12.1974 legte ich dort die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Bestehen der Zweiten juristischen Staatsprüfung am 26.7.1977 ließ ich mich in Stuttgart als Rechtsanwalt nieder.

Druck: Behr-Fotodruck
Telefon: (0711) 62 61 18
Reinsburgstraße 84
7000 Stuttgart 1